

## EDITORIAL



VON RECHTSANWALT  
DR. ULRICH DIECKERT

Der dritte Newsletter in diesem Jahr steht ganz im Zeichen der bevorstehenden VOB-Reform. Wie Sie unseren Beiträgen entnehmen können, bleiben die tatsächlichen Neuerungen dabei weit hinter den bisherigen Erwartungen und Ankündigungen zurück. Dies betrifft insbesondere die VOB/B 2006, in der die angekündigten Neuregelungen zum Nachtragsrecht fehlen. Aber auch in der bereits überarbeiteten VOB/A sind nur die zwingenden Vorgaben der EU-Richtlinien umgesetzt worden. Die angekündigte Vereinheitlichung und Verschlingung des Vergaberechtes ist damit noch nicht erreicht.

Ansonsten haben wir wie immer die wichtigsten Entscheidungen des letzten Quartals kommentiert. Dabei weisen wir insbesondere auf die Entscheidung des BGH zur Abnahmeverpflichtung nach gekündigtem Bauvertrag hin. Des Weiteren befassen wir uns mit dem Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte sowie dem Preisanpassungsrecht bei verspäteter Zuschlagserteilung. Auch die weiteren Beiträge empfehlen wir Ihrer Aufmerksamkeit.

Berlin, im Juli 2006  
Dr. Ulrich Dieckert

## Die wichtigsten Entscheidungen des letzten Quartals

### Ausschluss des Angebotes bei abweichenden Angaben zur Umsatzsteuer?

Soweit ein Bieter abweichend von den Zusätzlichen Vertragsbedingungen (ZVB) der Ausschreibung in seinem Angebot erklärt, dass sich seine Preise jeweils zzgl. der am Tag der Abnahme gültigen Umsatzsteuer verstehen, ändert er damit nicht in unzulässiger Weise die Verdingungsunterlagen.

OLG Schleswig, Urteil vom 22.05.2006

#### Worum geht es?

In den Ausschreibungsunterlagen einer europaweiten Ausschreibung fand sich in Nr. 17.3 der Zusätzlichen Vertragsbedingungen (ZVB) folgender Satz: „Die Rechnungen sind mit den Vertragspreisen ohne Umsatzsteuer (Nettopreise) aufzustellen; der Umsatzsteuerbetrag ist am Schluss der Rechnung mit dem

Steuersatz einzusetzen, der zum Zeitpunkt des Entstehens der Steuer, bei Schlussrechnungen zum Zeitpunkt des Bewirkens der Leistung gilt.“ Der Bieter hatte in seinem Angebotsschreiben den von ihm angebotenen Preis mit folgendem Zusatz ergänzt: „Zzgl. der am Tage der Abnahme gültigen Umsatzsteuer (derzeit 16 %)“ Die Vergabe-

stelle sah hierin eine unzulässige Änderung der Verdingungsunterlagen und schloss das Angebot vom weiteren Verfahren aus. Da die vom Bieter angerufene Vergabekammer dem nicht folgte, rief die Vergabestelle das zuständige Oberlandesgericht an.

#### Die Entscheidung des Gerichts:

Das OLG wies die sofortige Beschwerde der Vergabestelle ab und bestätigte die Entscheidung der Vergabekammer. Denn der Bieter habe die Verdingungsunterlagen durch seinen Zusatz im Angebotsschreiben nicht in unzulässigerweise geändert. Die zum Zeitpunkt des Bewirkens der Leistung geltenden Steuersätze

ergeben sich aus dem Gesetz und nicht aus irgendwelchen Erklärungen der Vertragsparteien. Durch eine privatrechtliche Vereinbarung (auf Grundlage der ZVB oder sonstiger Erklärungen der Parteien) kann weder der Zeitpunkt der Entstehung des Steueranspruches verschoben noch die rechtlich zu treffende Subsumtion unter den Steuertatbe-

stand verändert werden. Insofern ist die Erklärung des Bieters irrelevant, abgesehen davon, dass für die Angebotswertung ohnehin nur die Nettopreise gewährt werden und dass der auf die Rechnungen anzuwendende Umsatzsteuersatz nicht der Vergabe, sondern der Vertragsabwicklung zuzuordnen ist.

#### Hinweis für die Praxis:

Mit dieser Entscheidung hat das OLG Schleswig den öffentlichen Auftraggebern in erfreulicher Klarheit die Grenzen ihrer Regelungsbefugnisse aufgezeigt. Weder die Zusätzlichen Vertragsbedingungen noch irgendwelche Erklärungen der Bieter können Einfluss auf gesetzliche Steuertatbestände haben. Darüber hinaus war die Angabe des Bieters auch sachlich richtig, weil die Umsatzsteuer in der Tat erst mit dem Bewirken der Leistung, d. h. der mit Abnahme erfolgten Fertigstellung des Bauvorhabens endgültig entsteht. Mit dieser Entscheidung

dürfte sich auch ein Beschluss der Vergabekammer Sachsen aus dem Jahr 2004 erledigt haben, in dem noch von einer unzulässigen Änderung der Verdingungsunterlagen ausgegangen wurde.

Gleichwohl ist den Bieter anzuraten, auf derartige Erklärungen in ihren Angebotsschreiben zu verzichten. Denn diese haben – wie gesagt – keinen Einfluss auf die nach den Steuergesetzen anfallenden Steuern. Vielmehr provoziert man hierdurch Ausschlussentscheidungen der Vergabestellen, die nur zu unnötigen Rechtsauseinandersetzungen führen. In Anbet-

racht der bevorstehenden Umsatzsteuererhöhung weist daher auch die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung des Landes Berlin die Bieter in einem gesonderten Merkblatt darauf hin, auf Bemerkungen zur Umsatzsteuer in ihrem Angebot, auch im Anschreiben, zu verzichten. Soweit die Senatsverwaltung allerdings in diesem Zusammenhang den Ausschluss der Angebote androht, dürfte sie in Ansehung der o. a. Entscheidung des OLG Schleswig Unrecht haben.

## Aktuelles

### Preis Anpassungsrecht bei verzögertem Zuschlag im Vergabeverfahren

Bekanntlich kann der Auftragnehmer einen neuen Preis verlangen, wenn durch Änderungen des Bauentwurfs oder andere Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert werden (vgl. § 2 Nr. 5 VOB/B). Das LG Potsdam hat nunmehr dem Katalog der Baumstandsänderungen einen weiteren Fall hinzugefügt. So soll der Auftragnehmer öffentlicher Bauaufträge eine Preis anpassung auch dann verlangen können, wenn sich die Zuschlagserteilung und damit der Baubeginn aufgrund eines vorangegangenen Nachprüfungsverfahrens nicht unbeträchtlich verschieben. In dem vom LG Potsdam mit Beschluss vom 26.05.2006 entschiedenen Fall waren in dem Zeitraum, um den sich der Baubeginn verschoben hatte (zwei Monate), die Stahlpreise explodiert. Dies war zum Zeitpunkt, als der Unternehmer sein Angebot abgegeben hatte, nicht vorauszusehen. Das Landgericht sah in der Verschiebung der Bauzeit eine Änderungsanordnung des öffentlichen Auftraggebers, deren Folgen für die Preisentwicklung vom Auftraggeber zu tragen sind. Das LG Potsdam liegt mit dieser Entscheidung auf der gleichen Linie wie das OLG Jena, welches einem Unternehmer im vergangenen Jahr in einem vergleichbaren Fall Nachtragsansprüche zugesprochen hatte.

## Die wichtigsten Änderungen der VOB/B 2006

Am 27.06.2006 hat der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) die endgültige neue Fassung der VOB/B beschlossen. Entgegen des ursprünglichen Änderungsentwurfs vom 17.05.2006 wurden die wesentlichsten Punkte, möglicherweise aufgrund der Ergebnisse einer Mitgliederbefragung, jedoch herausgenommen.

Um es vorwegzunehmen: *Der Berg kreierte und gebar eine Maus.* Denn die ursprünglich geplante Erweiterung der Anordnungsbefugnisse des Auftraggebers (AG) nach § 1 Nr. 3 und 4 VOB/B wurde gestrichen. Damit entfällt auch das dort vorgesehene zeitliche Anordnungsrecht des AG. Ebenso wurde die Zusammenfassung der Nachtragsvorschriften in § 2 Nr. 5 und Nr. 6 VOB/B in eine einheitliche Nachtragsvorschrift ersatzlos aus dem Entwurf herausgenommen.

Unserer Auffassung nach ist der Verzicht auf diese Änderungen zu begrüßen. Denn das ursprünglich vorgesehene zeitliche Anordnungsrecht des AG war derart unklar und intransparent formuliert, dass mit der Regelung mehr Fragen aufgeworfen als beantwortet worden wären.

Für Auftragnehmer (AN) bedauerlich ist, dass die Regelung des Falles einer unberechtigten Weigerung des AG an einem gemeinsamen Aufmaß teilzunehmen und ihm dann die Beweislast für abweichende Mengenangaben zuzuweisen, ebenfalls ersatzlos gestrichen wurde. Gleiches gilt für die Verkürzung der Schlusszahlungsfristen bei Pauschal- und Stundenlohnverträgen von zwei Monaten auf 30 Werktage.

Die wichtigsten Änderungen der neuen VOB/B 2006 sind daher folgende:

### 1. Änderung der Verjährungsfristen (§ 13 Nr. 4 Abs. 1 und 2 VOB/B n. F.)

Für Rechtsklarheit dürfte sorgen, dass bei der Neuregelung der Verjährungsfrist in § 13 Nr. 4 Abs. 1 Satz 1 VOB/B die Unterscheidung zwischen Bauwerken (Verjährungsfrist vier Jahre) und Grundstücken (Verjährungsfrist zwei Jahre) aufgegeben worden ist. Zukünftig beträgt die Verjährungsfrist für Mängelansprüche bei Bauwerken einheitlich vier Jahre und für alle anderen Werke, deren Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache besteht, zwei Jahre. Diese Regelung gilt immer dann, wenn im Vertrag keine andere Verjährungsfrist für Mängelansprüche vereinbart wurde.

Ist für Teile von maschinellen und elektrotechnischen/elektronischen Anlagen, bei denen die Wartung Einfluss auf die Sicherheit und Funktionsfähigkeit hat, nichts anderes vereinbart, beträgt für diese Anlagenteile die Verjährungsfrist für Mängelansprüche abweichend von § 13 Nr. 4 Abs. 1 VOB/B zwei Jahre, wenn der AG sich dafür entschieden hat, dem AN die Wartung für die Dauer der Verjährungsfrist nicht zu übertragen; dies gilt zukünftig auch, wenn *für weitere Leistungen eine andere Verjährungsfrist vereinbart worden ist* (§ 13 Nr. 4 Abs. 2 VOB/B n. F.).

Auch diese Verjährungsbestimmung lässt eine abweichende vertragliche Vereinbarung aber ganz ausdrücklich zu.

### 2. Einwendungen gegen die Prüfbarkeit der Schlussrechnung (§ 16 Nr. 3 Abs. 1 Satz 2 VOB/B n. F.)

Zukünftig muss der AG

Einwendungen gegen die Prüfbarkeit einer Schlussrechnung spätestens innerhalb von zwei Monaten nach deren Zugang erheben, ansonsten kann er sich nicht mehr auf die fehlende Prüfbarkeit berufen. Andere Einwendungen inhaltlicher Art bleiben ihm aber erhalten.

### 3. Beginn der Frist für die Begründung des Vorbehalts (§ 16 Nr. 3 Abs. 5 Satz 2 VOB/B n. F.)

Bekanntlich muss der AN binnen 24 Werktagen einen Vorbehalt nach Zugang einer Schlusszahlungsmittelteilung des AG erklären (§ 16 Nr. 3 Abs. 5 VOB/B). Daran hat sich nichts geändert. Der neue Satz 2 dieser Bestimmung sieht jedoch vor, dass der Vorbehalt hinfällig wird, wenn nicht innerhalb von 24 Werktagen – *beginnend am Tag nach Ablauf der in Satz 1 genannten 24 Werktagen* – eine prüfbare Rechnung über die vorbehaltenen Forderungen eingereicht oder, wenn das nicht möglich ist, der Vorbehalt eingehend begründet wird. Damit wurde aus Gründen der Transparenz klargestellt, dass die Begründungsfrist von 24 Werktagen erst in Lauf gesetzt wird, nachdem die Vorbehaltserklärungsfrist von ebenfalls 24 Werktagen abgelaufen ist.

### 4. Erläuterungen zum Sperrkonto (§ 17 Nr. 5 Satz 1 VOB/B n. F.)

Die Neuregelung betrifft die Einzahlung von Sicherheitseinhalten auf Sperrkonten. Zukünftig muss es sich um ein Konto handeln, über das beide Parteien nur gemeinsam verfügen können (sog. Und-Konto). →

→Fortsetzung von S. 2

*Wichtige Änderungen der VOB/B*

In der bisherigen Praxis wurde das Sperrkonto häufig ausschließlich vom AG eröffnet und lediglich im Innenverhältnis geregelt, dass ein Zugriff nur gemeinsam mit dem AN möglich ist. Im Insolvenzfall hat diese Konstellation dazu geführt, dass ein Kontoguthaben in die Insolvenzmasse fiel und der AN den Sicherheitseinbehalt nur in Höhe einer meist gegen Null gehenden Quote erhielt. Insolvenzfest ist ausschließlich ein vom AG und AN gemeinsam eröffnetes Konto. Die Neuregelung sieht deshalb ausdrücklich vor, dass es sich bei den Sperrkonten um „*Und-Konten*“ im bankrechtlichen Sinne handeln muss.

**5. Bemessungsgrundlage bei Berechnung des Sicherheitseinhalts im Hinblick auf den Wechsel der Umsatzsteuerschuldnerschaft in § 13 b UStG (§ 17 Nr. 6 Abs. 1 Satz 2 VOB/B n. F.)**

§ 17 Nr. 6 Abs. 1 VOB/B wird um einen neuen Satz 2 ergänzt, der folgendermaßen lautet:

*„Sofern Rechnungen ohne Umsatzsteuer gemäß § 13 b UStG gestellt werden, bleibt die Umsatzsteuer bei der Berechnung des Sicherheitseinhaltes unberücksichtigt.“*

Seit der Änderung des § 13 b UStG, die zur Folge hatte, dass für Bauleistungen in vielen Fällen Netto-Rechnungen auszustellen sind, entsteht zwischen den Bauvertragsparteien oft Streit darüber, von welcher Bemessungsgrundlage ausgehend der Sicherheitseinbehalt zu berechnen ist. Aus Klarstellungsgründen sieht die Neu-

regelung nunmehr vor, dass die Umsatzsteuer bei der Berechnung des Sicherheitseinhalts in Fällen des § 13 b USt unberücksichtigt bleibt.

**6. Ausblick**

Es gibt noch eine Reihe weiterer Änderungen, die für Praxis aber nicht von vergleichbarer Bedeutung sind. Wir werden in den nächsten Newslettern zu allen geänderten Vorschriften der VOB/B 2006 ausführlich Stellung nehmen.

Darüber hinaus werden wir ab Herbst diesen Jahres wieder VOB/B-Bauleiterschulungen durchführen und dabei einen Schwerpunkt auf die neue VOB/B 2006 legen.

Eines der gegenwärtig praxisrelevantesten Probleme im privaten Baurecht ist die Durchsetzung von Ansprüchen aus gestörten Bauabläufen, sei es weil der AG Behinderungen zu vertreten hat oder zeitliche Anordnungen trifft. Es ist bedauerlich, dass dem Vergabe- und Vertragsausschuss keine befriedigende Lösung dieses Problems gelungen ist. Deshalb muss sich der AN auch in Zukunft darauf einstellen, dass er stets eine konkrete, bauablaufbezogene Dokumentation vorlegen muss, wenn er Mehrkosten aus Störungen des Bauablaufes – gleich aus welchem Grund – durchsetzen will. Wer unsere Newsletter regelmäßig verfolgt, weiß, welche hohen Hürden der Bundesgerichtshof in diesem Zusammenhang aufstellt. Dabei wird es auch in Zukunft bleiben.

**Update**

**Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte**

In unseren letzten Newslettern hatten wir über eine Entscheidung des Verwaltungsgerichtes Leipzig berichtet, in der im Widerspruch zu einer Entscheidung des OVG Rheinland-Pfalz aus dem Sommer letzten Jahres der Vergaberechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten verneint wurde. Diese Entscheidung ist nunmehr vom OVG Sachsen mit Beschluss vom 13.04.2006 aufgehoben worden. Das OVG ist unter Bejahung der sog. Zwei-Stufen-Theorie der Auffassung, dass dem Abschluss des privatrechtlichen Vertrages (zweite Stufe) mit der Ausschreibung ein eigenständiges Verwaltungsverfahren vorausgeht (erste Stufe), welches allein öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliegt. Denn das Vergabeverfahren wird durch öffentlich-rechtliche Normen bestimmt, die den Auftraggeber als Träger öffentlicher Gewalt verpflichten. Ein solcher Vorgang muss jedoch nach der Rechtsweg des Artikel 19 Abs. 3 Grundgesetz gerichtlich überprüfbar sein, insbesondere wenn ein endgültiger Rechtsverlust etwa durch die Bindungswirkung eines abzuschließenden Vertrages mit einem anderen Bieter droht.

Mit dieser Entscheidung hat nunmehr schon das dritte Obergericht einen Primärrechtsschutz in Vergabesachen auch unterhalb der Schwellenwerte bejaht. Da es sich stets um Eilverfahren handelt, muss der Bieter in einem solchen Fall Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung

gemäß § 123 VwGO gegen die drohende Entscheidung der Vergabestelle (Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter) stellen. Ein solcher Antrag kann allerdings nur dann Erfolg haben, wenn der Bieter glaubhaft darlegt, dass er bei vergaberechtskonformer Entscheidung der Vergabestelle sichere Chancen auf den Zuschlag hat. Das Problem derartiger Anträge dürfte darin liegen, dass der Bieter damit oftmals zu spät kommt. Denn anders als bei Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte sind die Vergabestellen nicht verpflichtet, die Bieter entsprechend den Vorgaben in § 13 VgV die beabsichtigte Zuschlagsentscheidung 14 Tage vorher mitzuteilen, so dass Gelegenheit zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens vor den Vergabekammern besteht. Vielmehr werden gemäß § 27 Nr. 1 VOB/A die in die engere Wahl gekommenen Bieter erst dann verständigt, sobald der Zuschlag erteilt worden ist. Nur diejenigen Bieter, deren Angebote ausgeschlossen worden sind und solche, deren Angebote nicht in die engere Wahl kommen, sollen sobald wie möglich verständigt werden. In diesen Fällen ist aber Handeln geboten, weil nach Zuschlagserteilung eine Überprüfung durch die Verwaltungsgerichte nicht mehr möglich ist. Inwieweit diese Entscheidung den Gesetzgeber veranlasst, nunmehr auch einen wirkungsvollen Rechtsschutz für Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte einzurichten, ist weiterhin offen. Derzeit soll es wohl bei der beschränkten Zuständigkeit der Vergabekammern oberhalb der Schwellenwerte bleiben.

## Termine

Wir dürfen nachfolgend auf Veranstaltungen hinweisen, bei denen Rechtsanwälte unserer Kanzlei als Referenten auftreten:

### Abrechnungsfragen nach der VOB/B 2006

**Referent:**

RA Markus Fiedler

**Ort/Termin:**

VOB-Tag des WEKA Verlages am 05.09.2006 in Berlin

**Anmeldung:**

WEKA Media Verlag  
Tel.: 08233 234001

### Nachträge nach der VOB/B 2006

**Referent:**

RA Markus Fiedler

**Ort/Termin:**

VOB-Tag des WEKA Verlages am 13.10.2006 in Berlin

**Anmeldung:**

WEKA Media Verlag  
Tel.: 08233 234001

### Störungen im Bauablauf nach der VOB/B 2006

**Referent:**

RA Dr. Ulrich Dieckert

**Ort/Termin:**

VOB-Tag des WEKA Verlages am 05.12.2006 in Berlin

**Anmeldung:**

WEKA Media Verlag  
Tel.: 08233 234001

## Stand der Vergaberechtsreform Die wichtigsten Änderungen der VOB/A-2006

Wie bereits im letzten Newsletter angekündigt, ist die VOB/A nunmehr den Vorgaben der Richtlinie 18/2004/EG entsprechend angepasst und überarbeitet worden. Der neue Text wurde bereits am 18. Mai 2006 im Bundesanzeiger veröffentlicht, ist jedoch noch nicht verbindlich in Kraft getreten. Dies geschieht voraussichtlich erst im Oktober 2006, wenn die ebenfalls noch zu überarbeitende Vergabeverordnung (VgV) verabschiedet wird. In diesem Zusammenhang wird dann auch die Neufassung der VOB/B für anwendbar erklärt. Nachfolgend sollen die wichtigsten Änderungen in dem für nationale Vergaben geltenden ersten Abschnitt (sog. Basisparagrafen) sowie dem für europaweite Ausschreibungen einschlägigen zweiten Abschnitt (sog. A-Paragrafen) in Stichworten erläutert werden. In unseren nächsten Newslettern werden wir uns mit einigen dieser Regelungen noch genauer befassen. Darüber hinaus werden wir Seminare zur Vergaberechtsreform anbieten.

### 1. Wettbewerblicher Dialog (§ 3 a VOB/A)

Wie bereits durch das ÖPP Beschleunigungsgesetz verfügt kann der Auftraggeber (AG) künftig bei europaweiten Ausschreibungen die Leistungen im Wege des sog. wettbewerblichen Dialogs vergeben. Bei dieser Vergabeart, die für komplexe Großprojekte geschaffen wurde, soll zunächst die technische und wirtschaftliche Lösung in Zusammenarbeit mit potentiellen Bietern definiert werden. Erst dann sind die Unternehmen aufgefordert, auf Grundlage der in der Dialogphase näher ausgeführten Lösungen ein endgültiges Angebot vorzulegen.

### 2. Teilnehmer am Wettbewerb/Präqualifikation (§ 8 VOB/A)

Gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/A können Bieter künftig den Nachweis ihrer Eignung durch die Eintragung in ein Präqualifikationsverzeichnis führen, wenn dies in der Ausschreibung für zulässig erklärt wurde. Dies erspart die gefahrenträchtige Vorlage von Einzelnachweisen, deren Unvollständigkeit häufig zu Ausschlüssen geführt hat. Die Verzeichnisse werden bei hierfür eigens gegründeten Vereinen (z. B. [www.pq-verein.de](http://www.pq-verein.de)) geführt. Einzelheiten zum Präqualifikationsverfahren können der Homepage des Verkehrsministeriums ([www.bmvbs.de/bauwesen/bauauftragsvergabe](http://www.bmvbs.de/bauwesen/bauauftragsvergabe)) entnommen werden.

### 3. Einsatz von Projektanten (§ 8 a Nr. 9 VOB/A)

Personen oder Unternehmen, die den AG schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens beraten oder unterstützt haben (Projektanten), können sich bei anschließenden Vergabeverfahren künftig grundsätzlich als Bewerber oder Bieter beteiligen. Der AG muss jedoch sicherstellen, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme des Projektanten nicht verfälscht wird. In Betracht des kaum auszugleichenden Informationsvorsprungs eines Projektanten bleibt abzuwarten, ob sich diese Regelung tatsächlich umsetzen lässt.

### 4. Einsatz von Nachunternehmer (§ 8 a Nr. 10)

Der Anbieter muss künftig die auszuschreibenden Leistungen nicht selbst ausführen, wenn er sich auf die Ressourcen und Mittel eines Subunternehmers berufen kann. In

diesem Fall muss der Bieter jedoch eine Verpflichtungserklärung etwaiger Subunternehmer schon bei Angebotsabgabe vorlegen, damit der AG die Eignung dieser Nachunternehmer prüfen kann. Die Eingehung einer vertraglichen Verbindung ist jedoch nicht erforderlich, so dass sich die Verpflichtung des Subunternehmers auf den Fall der Auftragserteilung beschränken kann.

### 5. Beschreibung der Leistung (§ 9 VOB/A)

Soweit ein AG bei der Beschreibung der Leistung Bezug auf technische Spezifikationen nimmt, muss er künftig in jedem Fall den Zusatz „oder gleichwertig“ aufnehmen (vgl. § 9 Nr. 6 VOB/A). Der Bieter ist im Falle von Abweichungen jedoch gehalten, dem AG in seinem Angebot nachzuweisen, dass die von ihm vorgeschlagene Lösung den Anforderungen der technischen Spezifikationen gleichermaßen entspricht, wobei eine technische Beschreibung des Herstellers oder ein Prüfbericht einer anerkannten Stelle ausreicht (vgl. § 9 Nr. 7 und Nr. 8 VOB/A).

### 6. Mitteilung der Gewichtung von Wertungskriterien (§ 10 a VOB/A)

Bei europaweiten Ausschreibungen ist der AG künftig verpflichtet, spätestens im Anschreiben (Aufforderung zur Angebotsabgabe) die Gewichtung der Wertungskriterien anzugeben oder falls dies nicht möglich ist, zumindest die Wertungskriterien in der absteigenden Reihenfolge ihrer Bedeutung wiederzugeben (vgl. § 10 a VOB/A).

→

→Fortsetzung von S. 4

*Änderungen der VOB/A-2006*

**7. Elektronische Angebote (§ 21/21 a VOB/A)**

In Anbetracht der wachsenden Bedeutung elektronischer Kommunikationsmittel sind die Vorschriften in § 21 in Bezug auf die elektronische Abgabe von Angeboten weiter konkretisiert worden. Dies betrifft sowohl die Form der Angebotsabgabe, deren „Unterzeichnung“ gemäß den Vorgaben des Signaturgesetzes als auch deren Verschlüsselung. Während bei nationalen Vergaben weiterhin die Angebotsabgabe in Schriftform möglich ist, kann der Auftraggeber bei der Vergabe oberhalb der Schwellenwerte festlegen, ob er schriftliche Angebote akzeptiert oder nur elektronische Angebote zulassen will.

**8. Wertung der Angebote (§ 25 VOB/A)**

Die Vergabestelle kann den Bieter künftig auch in „Textform“ zur Aufklärung unangemessen erscheinender Preise auffordern. Dies umfasst also auch die Kommunikation per E-Mail. Darüber hinaus sind in § 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 2 die Zuschlagskriterien an den Richtlinien-text angepasst worden. Danach sind auf der letzten Stufe der Prüfung nunmehr die Kriterien Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebs- und Folgekosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe oder Ausführungsfrist zu berücksichtigen.

**9. Zusammenfassung**

Über die genannten Punkte hinaus hat es weitere Änderungen/Ergänzungen im

Bereich des § 16 (Grundsätze der Ausschreibung und Informationsübermittlung) und § 17 (Bekanntmachung, Versand der Vergabeunterlagen) gegeben, die jedoch im Wesentlichen Abwicklungsfragen (u. a. Beschleunigung durch elektronische Kommunikation) betreffen. Sodann gibt es noch Erweiterungen der Ausschlussgründe in § 8 a VOB/A, die sich insbesondere auf die Frage der Zulässigkeit von Unternehmen beziehen. Schließlich wurde in § 20 klargestellt, dass für die Bearbeitung von Angeboten grundsätzlich keine Entschädigung gewährt wird. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Bewerber Entwürfe, Pläne, Zeichnungen o. a. ausarbeitet, insbesondere in den Fällen der funktionellen Vergabe.

Insgesamt sind in die neue VOB/A-2006 nur solche Regelungen übernommen worden, die in der o. a. EG-Richtlinie zwingend vorgeschrieben waren. So fehlt beispielsweise die Möglichkeit der elektronische Auktion, die in der EG-Richtlinie als Option vorgesehen war.

Ansonsten wird es im deutschen Vergaberecht vorläufig keine größeren Änderungen mehr geben. Es bleibt beim so genannten „Kaskadenprinzip“, wonach vom 4. Abschnitt des GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung) über die Vergabeverordnung (VgV) auf die einzelnen Vertrags- und Verdingungsordnungen verwiesen wird. Von einer Vereinheitlichung und Verschlankung des Vergaberechtes hat man vorerst leider Abstand genommen. Es bleibt abzuwarten, ob sich die vorgenannten Regelungen im Alltag bewähren.

**Aktuelles**

**Umsatzsteuererhöhung zum 01.01.2007 - Handlungsbedarf**

Der Gesetzgeber hat am 16. Juni 2006 eine Erhöhung der Umsatzsteuer zum 01.01.2007 um 3 %-Punkte von 16 % auf 19 % beschlossen. Nach Rücksprache mit der Senatsverwaltung für Finanzen wird es zur Umsetzung der gesetzlichen Änderung ein BMF-Schreiben geben, was jedoch frühestens im Herbst diesen Jahres veröffentlicht werden wird.

Der erhöhte Steuersatz ist auf diejenigen Umsätze anzuwenden, die ab dem 01.01.2007 ausgeführt werden. Dies gilt auch für Teilleistungen. Es kommt deshalb allein auf den Zeitpunkt der Ausführung des Umsatzes bzw. der Teilleistung an. Unerheblich ist, wann die Rechnung erstellt wird oder wann ein Zahlungseingang erfolgt.

Bei im Jahr 2006 vereinbarten Vorauszahlungen/Auszahlungen ist für die gesamte Gegenleistung gleichwohl der neue Steuersatz von 19 % maßgebend, wenn die Leistung erst im Jahr 2007 ausgeführt wird. Dies gilt auch in Fällen der Übertragung der Steuerschuldnerschaft nach § 13 b UStG.

**Optimale Gestaltung des Übergangs**

**1. Abschluss von Leistungen im Jahr 2006**

Die simpelste Gestaltungsempfehlung liegt darin, möglichst viele Umsätze noch in diesem Jahr auszuführen, damit diese noch zum niedrigeren Steuersatz abgerechnet werden können. Dabei gilt es jedoch zu bedenken, dass die Kapazitäten ausreichen müssen, um die Aufträge noch in

diesem Jahr vollständig zu beenden. Die Beendigung der Leistung vor dem Zeitpunkt der Steuersatzerhöhung ist glaubhaft nachzuweisen. Das Risiko einer etwaigen Nachbelastung trägt der leistende Unternehmer.

**2. Vereinbarung von Teilleistungen**

Bei Werkverträgen gilt die Leistung im Zeitpunkt der Abnahme als ausgeführt. Erfolgt die Abnahme 2007, wird die gesamte Leistung mit dem erhöhten Steuersatz abgerechnet. Die Abschlagszahlungen kommen mit dem 16 %igen Umsatzsteuersatz zum Ansatz. Ist ein Vorziehen der Abnahme des Gesamterwerks nicht möglich, sollte geprüft werden, ob für 2006 noch abnahmefähige Teilleistungen vereinbart werden können.

**Verträge auf Umsatzsteuerklauseln prüfen**

Die Steuersatzänderung sollte zum Anlass genommen werden, die Verträge auf wirksame Umsatzsteuerklauseln zu prüfen. Das gilt insbesondere auch für Dauerschuldverhältnisse, wie Miet-, Leasing- und Wartungsverträge. Hier gilt die Leistung an dem Tag ausgeführt, an dem der Leistungszeitraum endet.

Hier ist der Handlungsbedarf im Einzelfall zu prüfen.

## Aktuelles

### Kostenfalle selbständiges Beweisverfahren

Auftraggeber von Bauleistungen neigen oftmals dazu, Mängel geltend zu machen, die nur unwesentlich sind oder tatsächlich überhaupt nicht bestehen. Darüber hinaus werden die voraussichtlichen Mangelbeseitigungskosten häufig in übertriebener Höhe angegeben, um den Auftragnehmer zusätzlich unter Druck zu setzen und Aufrechnungsmöglichkeiten gegenüber dessen Vergütungsforderung zu schaffen.

Sofern über die behaupteten Mängel und die voraussichtlichen Beseitigungskosten ein selbständiges Beweisverfahren von dem Auftraggeber eingeleitet wird, birgt diese Vorgehensweise ein u. U. erhebliches Kostenrisiko, wie folgender Fall zeigt:

Der Antragsteller behauptet Mängel und beziffert die zu erwartenden Mangelbeseitigungskosten auf ca. € 400.000,00. Das im Rahmen des selbständigen Beweisverfahrens eingeholte Sachverständigen-gutachten kommt jedoch zu dem Ergebnis, dass nur wenige der behaupteten Mängel tatsächlich vorhanden sind und diese mit einem finanziellen Aufwand von ca. € 900,00 beseitigt werden könnten.

Die beteiligten Anwälte machen nunmehr ihre Vergütung geltend. Diese bemisst sich grundsätzlich nach dem Streitwert. Wie sich der Streitwert bei einem selbständigen Beweisverfahren ermittelt, ist jedoch sowohl in Literatur als auch in der Rechtsprechung lebhaft umstritten. →

## Die wichtigsten Entscheidungen des letzten Quartals

### Auch bei VOB/B-Verträgen sind Schlussrechnungen oft nicht erst nach zwei Monaten, sondern sofort fällig!

Wird die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart, dann unterliegt § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B der AGB-Kontrolle und ist unwirksam.

OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.03.2005, 22 U 99/04

#### Worum geht es?

Die Parteien streiten um die Frage, wann die Schlussrechnung des Auftragnehmers fällig wurde. Der Auftraggeber beruft sich auf § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B. Nach dieser Bestimmung steht dem Auftraggeber ein Zeitraum von zwei Monaten zur Prüfung der

Schlussrechnung zu. Deshalb werden Schlussrechnungen beim VOB/B-Vertrag grundsätzlich erst zwei Monate nach Zugang beim Auftraggeber fällig.

Der Auftragnehmer hält die Regelung des § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B für unwirksam, weil es sich um eine Allgemeine

Geschäftsbedingung (AGB) handele und der Auftragnehmer unangemessen benachteiligt werde. Seiner Ansicht nach gelte stattdessen § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB. Danach ist die Vergütung bei Abnahme des Werkes fällig.

#### Die Entscheidung des Gerichts:

Entscheidend für den Ausgang des Rechtsstreites war, ob die in § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B vorgesehene Zwei-Monats-Frist der so genannten Inhaltskontrolle nach den §§ 305 BGB (früher AGB-Gesetz) unterliegt. Die §§ 305 ff. BGB enthalten zwingende gesetzliche Vorgaben an Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB). Benachteiligen (die vom Auftraggeber gestellten) AGB den Auftragnehmer unangemessen, so sind diese Regelungen unwirksam.

Früher war der Bundesgerichtshof (BGH) der Ansicht, dass die VOB/B grundsätzlich der Inhaltskontrolle nicht unterliege. Die VOB/B sei insgesamt ein ausgeglichenes Regelwerk und benachteilige den Auftragnehmer nicht unangemessen. Deshalb sollte die VOB nach der früheren Rechtsprechung des Bundes-

gerichtshofes grundsätzlich nicht der so genannten Inhaltskontrolle unterliegen.

Nur dann, wenn der Auftraggeber die VOB/B zu seinen Gunsten in *Kernbereichen* ändere und so in das Gesamtgefüge der VOB/B eingreife, bestand nach Ansicht des BGH kein Anlass, die VOB/B-Regelungen weiter zu privilegieren. In diesem Fall sollte die Inhaltskontrolle möglich sein.

Der BGH hat die o. g. Ansicht in seinem Urteil vom 22.01.2004 aufgegeben.

Nach dieser Entscheidung kommt es nunmehr nicht mehr darauf an, ob die VOB in ihrem Kernbereich oder nur in untergeordneten Regelungen geändert werde. Der BGH ist nunmehr der Ansicht, dass die VOB/B schon der Inhaltskontrolle unterliege, soweit sie nicht vollständig und unverändert (d. h. nicht „als

Ganzes“) vereinbart werde. Jede noch so untergeordnete Änderung von VOB/B-Regelungen in einem Bauvertrag führt also nunmehr dazu, dass sämtliche in den Vertrag einbezogenen VOB/B-Regelungen der Inhaltskontrolle unterliegen.

Aufgrund dieser Rechtsprechungsänderung prüft das OLG Düsseldorf, inwieweit § 6 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B den Auftragnehmer unangemessen benachteilige. Wenn auch nur mit kurzer Begründung, so ist das OLG Düsseldorf dennoch der Ansicht, dass die Zwei-Monats-Frist des § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B den Auftragnehmer unangemessen benachteilige, da sie von der gesetzlichen Regelung des § 41 Abs. 1 S. 1 BGB abweiche. Nach dem BGB wäre die Vergütung sofort nach Abnahme fällig.

#### Hinweis für die Praxis:

In Bauverträgen wird die VOB/B zwar regelmäßig einbezogen, das geschieht jedoch nur sehr selten ohne jede Änderung. Typischerweise wird etwa eine Gewährleistungsfrist von fünf anstatt der in der VOB/B vorgesehenen vier Jahre (§ 13 Nr. 4 Abs. 1

Satz 1 VOB/B) vereinbart. Schon mit dieser Regelung ist aber die VOB/B nicht mehr „als Ganzes“ in den Vertrag einbezogen. Das führt dazu, dass sämtliche VOB/B-Regelungen der Inhaltskontrolle unterliegen (siehe oben). Neben der Zwei-Monats-Frist des § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B

führt dies nach herrschender Meinung zu Unwirksamkeit auf folgender Regelungen: § 2 Nr. 6, § 2 Nr. 8 Abs. 1 Satz 1, § 4 Nr. 8 Abs. 1 Satz 1, § 4 Nr. 8 Abs. 2, § 7, § 13 Nr. 4, § 15 Nr. 3 Satz 5, § 16 Nr. 2 Abs. 2, § 16 Nr. 3 Abs. 2, § 16 Nr. 6 Satz 1.

→Fortsetzung von S. 2

*Aktuelles*

Im Wesentlichen stehen sich zwei Meinungen gegenüber. Nach einer Auffassung ist auf den Wert der zu Beginn des Verfahrens behaupteten Mängel abzustellen. Nach anderer Ansicht ist lediglich der Wert derjenigen Mängel entscheidend, die tatsächlich im Rahmen des selbständigen Beweisverfahrens festgestellt worden sind.

Für das vorliegende Beispiel stellt sich demnach die Frage, ob sich die Vergütung der Rechtsanwälte nach einem Streitwert von € 400.000,00 bemisst oder lediglich nach einem Betrag von € 900,00.

Im ersten Fall können Anwaltsgebühren von bis zu ca. € 15.300,00 anfallen. Bei dem geringeren Streitwert wären dies lediglich ca. € 420,00.

Die Entscheidung des Gerichtes steht in unserem Fall noch aus. Als Vertreter des Auftragnehmers sind wir der Ansicht, dass auf Basis der vom AG behaupteten Mangelbeseitigungskosten abzurechnen ist.

**Fazit**

Der Auftraggeber sollte sich grundsätzlich vor der Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens gründlich überlegen, über welche Baumängel tatsächlich Beweis erhoben werden sollte. Insbesondere sollten die voraussichtlichen Mangelbeseitigungskosten nicht künstlich in die Höhe getrieben werden. Anderenfalls könnte der Antragsteller hinsichtlich der ihn treffenden Kosten unangenehm überrascht werden.

**Die wichtigsten Entscheidungen des letzten Quartals**

**Rechtsprechungsänderung: Werklohn auch nach Kündigung grundsätzlich erst mit Abnahme fällig!**

**Nach Kündigung eines Bauvertrages wird die Werklohnforderung grundsätzlich erst mit der Abnahme der bis dahin erbrachten Werkleistungen fällig.**

*BGH, Urteil vom 11.05.2006 – VII ZR 146/04*

**Worum geht es?**

Ein Auftraggeber (AG) schließt mit einem Auftragnehmer (AN) einen Bauvertrag unter Einbeziehung der VOB/B. Der AG stellt dem AN eine Zahlungsbürgschaft.

Nachdem der AG die außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund erklärt hat, stellt der AN seine Schlussrechnung und nimmt den Bürgen auf Zahlung in Anspruch. Dieser verweigert die

Zahlung und wendet ein, die verbürgte Forderung sei mangels Abnahme- und Abnahmefähigkeit der Werkleistung des AN nicht fällig.

**Die Entscheidung des Gerichts:**

In einer Grundsatzentscheidung gibt der BGH dem Bürgen Recht und ändert ausdrücklich seine langjährige Rechtsprechung zur Fälligkeit der Vergütungsforderung aus einem gekündigten Bauvertrag.

Das Gericht begründet seine Entscheidung damit, dass die Abnahme gemäß § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB grundsätzlich Fälligkeitsvoraussetzung für den Werklohnanspruch des AN sei. Sofern der Vertrag infolge einer Kündigung vorzeitig beendet wird und der AN nur eine Teilleistung

erbracht hat, sei nicht ersichtlich, warum auf eine Abnahme verzichtet werden sollte. Insbesondere bestehe kein rechtlich tragfähiger Grund dafür, dass an die Fälligkeitsvoraussetzungen des Vergütungsanspruches im Falle der Kündigung geringere Anforderungen zu stellen sind, als im Fall der vollständigen Durchführung des Vertrages. Ohne das Erfordernis der Abnahme käme man zu dem Ergebnis, dass der AN sogar in denjenigen Fällen besser gestellt werden würde, in denen er selbst Anlass zur Kündigung gege-

ben hat. Zwar gibt der BGH zu bedenken, dass eine Abnahme von nur teilweise erbrachten Leistungen nicht immer möglich ist. Allerdings liegen in der Regel abgrenzbare Teilleistungen vor, die auch im Falle der Kündigung auf ihre Vertragsgemäßheit untersucht werden können, auch wenn dies im Einzelfall schwierig sein kann. Daher bestehen jedenfalls im Rahmen eines Bauvertrages keine durchgreifende Bedenken gegen das Erfordernis einer Abnahme der bis zur Kündigung erbrachten Leistungen.

**Hinweis für die Praxis:**

Bis zu dieser Rechtsprechungsänderung konnte ein AN seinen Werklohn im Falle der Kündigung auch ohne Abnahme geltend machen. Erforderlich war lediglich die Stellung der Schlussrechnung. Der AN hatte allerdings einen Anspruch auf Durchführung der Abnahme. In der Vergangenheit mehrten sich in Rechtsprechung und Literatur Zweifel an diesen Grundsätzen. Nun hat der BGH mit der vorliegenden Entscheidung endgültig Klarheit hinsichtlich der Frage der Fälligkeit der Vergütung im Kündigungsfall geschaffen. Ab sofort muss grundsätzlich eine Abnahme der bis zur Kündigung erbrachten Leistungen erfolgen,

um die Fälligkeit der anteiligen Vergütung herbeizuführen.

Gerade im Kündigungsfall kann ein Abnahmetermin nicht immer einvernehmlich vereinbart werden. Es empfiehlt sich deshalb unbedingt, den AG zur Durchführung der Abnahme schriftlich aufzufordern und hierfür eine angemessene Frist (z. B. 14 Tage) zu setzen. Denn nach Ablauf der Frist gilt das Werk als abgenommen, sofern keine wesentlichen Mängel vorhanden sind (§ 640 Abs. 1 S. 3 BGB). Damit treten alle Wirkungen der Abnahme ein. Es wird also nicht nur der Werklohn fällig, sondern es findet auch eine Beweislastumkehr zugunsten des AG statt und die Verjährungsfrist für Gewähr-

leistungsansprüche beginnt zu laufen.

Die Durchführung einer Abnahme zur Begründung der Fälligkeit bleibt nur ganz ausnahmsweise entbehrlich. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der AG nicht mehr die Mangelbeseitigung, sondern Minderung oder Ersatzvornahmekosten geltend macht und sich die gegenseitigen Ansprüche von AG und AN in einem so genannten Abrechnungsverhältnis gegenüberstehen. Auch wenn der AG die Abnahme des Werkes ernsthaft und endgültig zu Unrecht abgelehnt hat, wird der Werklohn ohne Abnahme fällig.

## Impressum

### Herausgeber:

RA Dr. Ulrich Dieckert  
ROGGELIN WITT WURM  
DIECKERT  
Wirtschaftsprüfer, Steuer-  
berater, Rechtsanwälte

### R.W.W.D. Berlin

Wallstraße 27  
10179 Berlin  
Telefon: 030 278707  
Telefax: 030 278706  
E-Mail: berlin@roggelin.de

### Redaktion / Beiträge:

RA Dr. Ulrich Dieckert  
RA Bernd Kimmich  
RA Markus Fiedler  
RA Martin Hintze  
StB in Dr. Annette Funk  
RA Dr. Jöm Kreutzfeld

### Weitere Niederlassungen RWWD:

#### R.W.W.D. Hamburg

Alte Rabenstraße 32  
20148 Hamburg  
Telefon: 040 53028-0  
Telefax: 040 53028-150  
E-Mail: hamburg@roggelin.de  
RA Dr. Jöm Kreutzfeld  
RA Nicolaus Wurm

#### R.W.W.D. Schwerin

Alexandrinestraße 2  
19055 Schwerin  
Telefon: 0385 59003-0  
Telefax: 0385 59003-33  
E-Mail: schwerin@roggelin.de  
RA Wolfgang Leibing  
RA Christoph Schütz

#### R.W.W.D. Dresden

Königstraße 4  
01097 Dresden  
Telefon: 0351 21117-60  
Telefax: 0351 21117-77  
E-Mail: dresden@roggelin.de  
RA in Corinne Ruser

[www.roggelin.de](http://www.roggelin.de)

## Die wichtigsten Entscheidungen des letzten Quartals

### Wirksame Vereinbarung der VOB/B mit einem privaten Auftraggeber

**Das Angebot des Unternehmers bei Vertragsverhandlungen, dem Besteller den Text der VOB/B auf Wunsch kostenlos zur Verfügung zu stellen oder in den Geschäftsräumen einsehen zu können, führt nicht zu der wirksamen Einbeziehung der VOB/B in den Bauvertrag, wenn der Besteller Privatperson ist.**

*OLG Bremen, Urteil vom 29. September 2005 – 5 U 9/05*

#### Worum geht es?

Das Oberlandesgericht Bremen hatte sich mit dem Problem zu befassen, unter welchen Voraussetzungen die VOB/B wirksam Vertragsbestandteil eines Bauvertrages werden. In dem zu entscheidenden Fall hatte der Unternehmer bei den Vertragsverhandlungen in seinem Bauvertragsformular vermerkt, dass er dem Besteller den Text der

VOB/B auf Wunsch kostenlos zur Verfügung stellen werde oder der Besteller die VOB/B in seinen Geschäftsräumen einsehen könne.

Der Besteller war dagegen der Auffassung, dass die VOB/B nicht wirksam in den Vertrag mit einbezogen wurde, da ihm nicht die Möglichkeit verschafft wurde, in zumutbarer Weise von dem Inhalt der VOB/B Kenntnis zu nehmen

und er auch nicht im Baugewerbe tätig gewesen sei und daher die VOB/B nicht durch eine Klausel in den Vertrag miteinbezogen werden könne. Das habe zur Folge, dass auf dem Bauvertrag ausschließlich die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) und nicht die Regelungen der VOB/B Anwendung fänden.

#### Die Entscheidung des Gerichts:

Das Oberlandesgericht Bremen gab dem Besteller Recht (Urteil vom 29. September 2005 – 5 U 9/05).

Die entscheidungserhebliche Frage bestand darin, ob die VOB/B in dem vorliegenden Fall wirksam in den Vertrag einbezogen worden sind.

Das Angebot des Unternehmers bei den Vertragsverhandlungen eines Bauvertrages den Besteller den Text der VOB/B auf Wunsch kostenlos zur Verfügung zu stellen oder das Angebot, die VOB/B in den Geschäftsräumen einzusehen, reicht für eine wirksame

Einbeziehung der VOB/B nicht aus.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind die VOB/B als Allgemeine Geschäftsbedingungen anzusehen und werden nur dann Vertragsinhalt, wenn der Verwender der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen.

Ist der Besteller nicht im Baugewerbe tätig oder wird der Besteller nicht durch einen mit den Bedingungen der VOB/B vertrauten Person – etwa einem Architekten –

vertreten, kann der Unternehmer als Verwender nicht davon ausgehen, dass sich der Besteller ohne weiteres die erforderliche Kenntnis verschaffen kann.

Das hat zur Folge, dass die Verwendung der Klausel, die VOB/B werde auf Wunsch kostenlos zur Verfügung gestellt oder kann in den eigenen Geschäftsräumen eingesehen werden, nicht ausreicht, um die VOB/B wirksam in den Bauvertrag mit einzubeziehen.

#### Hinweis für die Praxis:

Die Entscheidung des OLG Bremen entspricht der herrschenden Meinung. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass die VOB/B nur dann wirksam Bestandteil eines Bauvertrages mit einer Privatperson oder

einem Vertragspartner, welcher nicht im Baugewerbe tätig ist, wird, wenn der Text der VOB/B dem Bauvertrag beigelegt ist. Anderenfalls gilt das Werkvertragsrecht des BGB.

Bei einem Auftraggeber aus der Baubranche wird dagegen

vorausgesetzt, dass die VOB/B bekannt ist. Sie muss dann nicht bei Vertragsschluss vorgelegt oder beigelegt werden.