

## In eigener Sache

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir freuen uns, Sie im Jahr 2012 begrüßen zu dürfen, das eine Reihe von Gesetzesänderungen und noch zu „verdauende“ Rechtsprechung mit sich bringt. Im Kommunalabgabenrecht und Baurecht sind gerichtliche Entscheidungen aus dem letzten Jahr zu besprechen und vor allem in Zukunft zu berücksichtigen. In Brandenburg ist das Vergabegesetz in Kraft getreten; außerdem verlangen die unterschiedlichen Wertgrenzenregelungen der Bundesländer und Kommunen und die anstehende Änderung der EU-Schwellenwerte im Vergaberecht unsere Aufmerksamkeit. Eine neue Diskussion entwickelt sich auch bei der Frage der Kontrolle von privaten Grundstücksentwässerungsanlagen und wer für diese zuständig ist.

Wir wünschen eine spannende Lektüre.

### SWKH Rechtsanwälte

Jörg Schmidt-Wottrich, Rainer Kühne,  
Dr. Andreas Harms

Berlin im Januar 2012

## Inhaltsverzeichnis

### Wasserwirtschaft

- **Bestimmung der Vollgeschosszahl in Anschlussbeitragsatzungen**
- **Benutzungszwang bei der dezentralen Entsorgung**
- **Kontrolle von privaten Grundstücksentwässerungsanlagen**
- **Das Bundesverwaltungsgericht zu Gebührenbescheiden durch Geschäftsbesorger**

### Bauvertrags- und Vergaberecht

- **Brandenburgisches Vergabegesetz in Kraft**
- **Neue EU-Schwellenwerte in 2012 und (teilweise) Fortgeltung der „Wertgrenzenregelungen“**
- **Aktuelle Rechtsprechung im Bau- und Vergaberecht:**  
**Der Bundesgerichtshof zum „funktionalen Mangelbegriff“**

## Wasserwirtschaft

### Bestimmung der Vollgeschosszahl in Anschlussbeitragsatzungen

Das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg hat in einem Beschluss vom 30.09.2011 ein Urteil des VG Cottbus bestätigt, wonach eine Satzung über die Erhebung von Abwasseranschlussbeiträgen unwirksam ist, wenn sie keine hinreichenden Maßstabsbestimmungen enthält, wie die Anzahl der Vollgeschosse zu ermitteln ist, wenn ein Bebauungsplan nur die zulässige Höhe der baulichen Anlagen oder die Geschossflächen- bzw. die Grundflächenzahl festsetzt.

#### Bezugnahme auf § 34 Baugesetzbuch unergiebig

Eine Auffangregelung, wonach bei Grundstücken, für die ein Bebauungsplan weder die Geschosszahl noch die Baumassenzahl festsetzt, mindestens die Zahl der nach Maßgabe des § 34 BauGB zulässigen Vollgeschosse maßgebend ist, reicht nach Auffassung des Oberverwaltungsgerichts nicht aus. Begründet wird dies damit, dass beispielsweise bei Bebauungsplänen „auf der grünen Wiese“ mangels einer Umgebungsbebauung eine Bezugnahme auf § 34 BauGB unergiebig bleibe.

Ein solcher satzungsrechtlicher Fehler soll zur Nichtigkeit der Satzung führen. Die Lückenhaftigkeit kann nur dann unschädlich sein, wenn der Aufgabenträger gleichzeitig für den Erlass der Bebauungspläne zuständig ist. Nur dann könnte der Aufgabenträger sicherstellen, dass während des Herstellungszeitraums der öffentlichen Einrichtung solche Grundstücke nicht entstehen werden.

#### Praxistipp

Die Entscheidung zeigt, dass die Rechtsprechung im Land Brandenburg auch weiterhin hohe Anforderungen an die Ausgestaltung von Satzungen zur Beitragserhebung stellt. Der Erlass von Bebauungsplänen, die nur die Geschossflächen- bzw. die Grundflächenzahl festlegen, dürfte eher ein rechtstheoretisches Problem sein. Trotzdem sind die Zweckverbände als Aufgabenträger nunmehr in der Pflicht, sich eine satzungsrechtliche Regelung für die Bestimmung der Vollgeschosszahl von Grundstücken in Gebieten von Bebauungsplänen zu überlegen, die nur die Geschossflächenzahl bzw. die Grundflächenzahl festsetzen. Eine Regelung für die Bestimmung der Vollgeschosszahl bei Bebauungsplänen, die nur die zulässige Höhe der baulichen Anlagen festlegen, haben in der Praxis die meisten Aufgabenträger bereits.

### Benutzungszwang bei der dezentralen Entsorgung

Nach der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg vom 05.10.2011 sind die Aufgabenträger berechtigt, den Betreibern von Kleinkläranlagen und abflusslosen Sammelgruben aufzugeben, die Entsorgung des in abflusslosen Sammelgruben gesammelten Abwassers bzw. des in Kleinkläranlagen anfallenden Fäkalschlamm durch ein vom Aufgabenträger beauftragtes Abfuhrunternehmen vornehmen zu lassen. Die Entscheidung erging vor folgendem Hintergrund:

#### Weigerung von Grundstückseigentümern

In dem Gebiet eines von unserem Büro vertretenen Zweckverbandes gibt es einige Grundstückseigentümer, die sich offen weigerten, dass in ihren abflusslosen Sammelgruben anfallende Abwasser bzw. den in ihren Kleinkläranlagen anfallenden Klärschlamm durch den Zweckverband selber bzw. durch das vom Zweckverband beauftragte Abfuhrunternehmen abfahren zu lassen. Stattdessen beauftragten die Grundstückseigentümer andere – nicht zugelassene – private Abfuhrunternehmen mit der Entsorgung. Daraufhin erließ der Zweckverband unter der Androhung von Vollstreckungsmaßnahmen Abfuhrverfügungen, nach denen das Abwasser bzw. der Klärschlamm durch den Zweckverband bzw. das von ihm beauftragte Abfuhrunternehmen entsorgt wird. Hiergegen klagte eine Reihe von Grundstückseigentümern.

#### Teil der Pflicht zur Abwasserbeseitigung

Das Verwaltungsgericht Frankfurt (Oder) bestätigte die Rechtsauffassung des Zweckverbandes und wies die Klagen gegen die Abfuhrverfügungen ab. Das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg wies den dagegen eingelegten Antrag auf Zulassung der Berufung ab. Das Oberverwaltungsgericht stellt in seiner Entscheidung klar, dass die Pflicht zur Abwasserbeseitigung nicht nur die Reinigungsleistung umfasst, sondern insbesondere auch den Transport des Abwassers von den Grundstücken zur Kläranlage des Zweckverbandes. Der Aufgabenträger ist berechtigt, satzungserichtlich eine Abwasserüberlassungspflicht auf dem Grundstück einzuführen.

Ein solches Recht des Aufgabenträgers sollte eigentlich selbstverständlich sein, wird aber immer wieder von Grundstückseigentümern angezweifelt. Vielleicht trägt die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts dazu bei, insoweit den Vollzug zu erleichtern.

### Kontrolle von privaten Grundstücksentwässerungsanlagen

Grundstückseigentümer, deren private Grundstücksentwässerungsanlagen nicht den Anforderungen an die allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechen, haben die *erforderlichen Maßnahmen innerhalb angemessener Fristen durchzuführen* (§ 60 Abs. 2 WHG). Nur wer kontrolliert diese Anlagen, wenn eine Eigenkontrolle unterbleibt und wer sorgt dafür, dass solche Anlagen saniert werden?

#### Urteil OVG Lüneburg

Gegenstand eines Normenkontrollverfahrens in Niedersachsen war im Januar 2012 eine kommunale Satzungsregelung, in der Grundstückseigentümer verpflichtet werden, ihre private Grundstücksentwässerungsanlage auf eigene Kosten einer Dichtigkeitsprüfung zu unterziehen. In zahlreichen Bundesländern sehen Gesetzesvorschriften vor, dass die Grundstückseigentümer bis zum 31. Dezember 2015 ihre private Entwässerungsanlage auf Dichtigkeit überprüfen lassen müssen. Solche gesetzlichen Regelungen fehlen für Niedersachsen. Dort bestimmen kommunale Abwasserbeseitigungssatzungen häufig, dass die Grundstückseigentümer ihre privaten Entwässerungsanlagen entsprechend der DIN 1986-30 bis zum 31. Dezember 2015 und danach zumindest alle 20 Jahre auf eigene Kosten Dichtigkeitsprüfungen durch zugelassene Fachbetriebe unterziehen müssen.

Das Oberverwaltungsgericht Lüneburg (OVG) hat nun am 10.01.2012 entschieden (9 KN 162/10), dass Grundstückseigentümer durch eine kommunale Abwasserbeseitigungssatzung verpflichtet werden können, ihre privaten Grundstücksentwässerungsanlagen auf eigene Kosten Dichtigkeitsprüfungen zu unterziehen.

Nach Ansicht des Oberverwaltungsgerichts unterliegen die privaten Grundstücksentwässerungsanlagen gemäß der Niedersächsischen Gemeindeordnung sowie dem Niedersächsischen Kommunalverfassungsgesetz der Regelungsbefugnis des kommunalen Satzungsgebers, soweit damit das Ziel verfolgt wird, das Eindringen von Fremdwasser in das kommunale Abwasserbeseitigungssystem zu verhindern und auf diese Weise eine Erschwerung oder Beeinträchtigung der öffentlichen Abwasserbeseitigung auszuschließen. Zu diesem Zweck darf auch eine Überprüfung der Dichtigkeit der privaten Anlage zu den in der DIN 1986 30 (bis zum 31.12.2015 und danach alle 20 Jahre) vorgesehenen Terminen angeordnet werden.

Unzulässig sind nach Auffassung des OVG hingegen Satzungsregelungen, die wasserrechtliche Zielsetzungen, wie den Schutz des Grundwassers, verfolgen oder den Grundstückseigentümer unverhältnismäßig

belasten. Das OVG hat daher Vorschriften für unwirksam erklärt, wonach eine Dichtigkeitsprüfung – unabhängig von der DIN 1986 30 – bei Grundstücken in einem Wasserschutzgebiet und an einer Straße, in der die öffentliche Abwasseranlage saniert oder umgebaut wird, angeordnet werden kann. Wirksam sind indessen Regelungen, die zusätzliche Dichtigkeitsprüfungen vorsehen bei Grundstücken in einem Gebiet mit hohem Fremdwasseranfall und beim Vorliegen konkreter Erkenntnisse darüber, dass die Grundstücksentwässerungsanlage undicht ist.

Das OVG Lüneburg hat ferner die Satzungsregelungen für unwirksam erklärt, die die Erteilung von Bescheinigungen über die Ergebnisse der Dichtigkeitsprüfungen bestimmten Fachbetrieben vorbehalten. Solche Regelungen seien unwirksam, weil sie die EU Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt, wonach auf europäischer Ebene erteilte gleichwertige Berechtigungen einer Berechtigung nach deutschem Recht gleichstehen, nicht berücksichtigen.

#### Stellungnahme

Die Rechtslage zu Dichtigkeitsprüfungen von privaten Abwasserleitungen ist in den einzelnen Bundesländern sehr unterschiedlich und nach wie vor umstritten. Eine bundeseinheitliche „Eigenkontrollverordnung“ wird es auf absehbare Zeit nicht geben. Der zuständige Bundesminister Dr. Röttgen ließ in einem Schreiben am 12.01.2012 mitteilen: *„Die meisten Länder bevorzugen eine risikobezogene Betrachtung der Problematik. Die Länder sehen daher überwiegend keine Regelungsnotwendigkeit durch den Bund. Da eine Bundesregelung jedoch nur mit Zustimmung der Länder im Bundesrat Erfolg haben würde, ist derzeit keine entsprechende Bundesregelung vorgesehen.“*

Die Dichtigkeitsüberprüfung privater Entwässerungskanäle liegt im Interesse des öffentlichen Aufgabenträgers und ist durch den Grundsatz der Erforderlichkeit gedeckt. Die Kontrolle und der verwaltungstechnische Vollzug sollten deshalb – im Rahmen der oben aufgezeigten Möglichkeiten - in der Entwässerungssatzung des öffentlichen Aufgabenträgers geregelt werden. Gründe der Verwaltungsökonomie können dafür sprechen, dass ein Aufgabenträger die turnusmäßigen Dichtigkeitsprüfungen selbst durchführt. Es muss dann im Einzelfall geprüft werden, inwieweit die damit verbundenen Aufwendungen gebührenfähig sind.

Soweit alle Grundstücksentwässerungsanlagen in einem bestimmten Zeitabstand überprüft werden, ist eine derart flächendeckende, turnusmäßige Inspektion auch für den jeweiligen Eigentümer die wirtschaftlichste Lösung. Die öffentlich organisierte Kontrolle kann allein wegen der Verringerung der Fremdwassereinträge zu einer Verringerung der Abwasserentsorgungskosten

und damit zu einer Reduzierung der Abwassergebühren führen. Dies verringert die Mehrkosten für den Inspektionsaufwand und erübrigt bei dem privaten Grundstückseigentümer einen erheblich höheren Aufwand für eine individuelle Einzelbeauftragung einer Kanalinspektion auf seinem Grundstück. Der in einer Dichtigkeitsprüfung ermittelte erforderliche *Sanierungsaufwand* ist dagegen allein von dem jeweiligen Eigentümer zu tragen.

#### Das Bundesverwaltungsgericht zu Gebührenbescheiden durch Geschäftsbesorger

In unserem letzten Rundschreiben (September 2011) haben wir über die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) zum Thema „Erlass von Gebührenbescheiden durch Geschäftsbesorger?“ berichtet. Die Urteilsbegründung lag zu diesem Zeitpunkt noch nicht vor.

Der vollständige Wortlaut der Entscheidungen (9 C 2.11, 9 C 3.11, 9 C 4.11) kann nun auf der Homepage des BVerwG eingesehen werden. Die Urteilsbegründung bestätigt im Wesentlichen die bisherige Rechtsprechung der Thüringer Verwaltungsgerichte zur Veranlagung durch Geschäftsbesorger und gibt leider keine Hinweise, unter welchen Voraussetzungen, bzw. in welchem Umfang die Einbindung privater Dienstleister bei der Bescheiderstellung und –versendung zulässig sein kann, bzw. wann gesetzliche Grenzen überschritten werden. Zwei Punkte sind aber u.E. für die Veranlagungspraxis herauszustellen:

1. Auch wenn ein Privater die Bescheide "erstellt" und verschickt, bleiben diese trotzdem Verwaltungsakte des Aufgabenträgers. Vorausgesetzt der Aufgabenträger wird als „Absender“ kenntlich gemacht.
2. In den Bundesländern, in denen der Aufgabenträger selbst den Widerspruchsbescheid erlässt (und keine andere, übergeordnete Behörde, wie in Thüringen), kann ein materieller Fehler im Widerspruchsverfahren geheilt werden.

Dies bedeutet: Der durch den Privaten erstellte und verschickte Gebührenbescheid wird dem Aufgabenträger zugerechnet, der im Widerspruchsverfahren formelle oder materielle Fehler des (nicht nichtigen) Bescheides vor einem gerichtlichen Verfahren durch eine neue Festsetzung und Fälligestellung heilen kann. Die Rechtsprechung veranlasst die Aufgabenträger somit, ihre bisherige Verwaltungspraxis bei der Einschaltung eines privaten Dritten zu überprüfen und diese „gerichtsfest“ zu machen. Hierzu bedarf es praktikabler und umsetzungsorientierter Lösungen im Einzelfall.

## Bauvertrags- und Vergaberecht

### Brandenburgisches Vergabegesetz in Kraft

Das Brandenburgische Vergabegesetz (BgbVergG) ist am 1. Januar dieses Jahres in Kraft getreten. Umstritten war es bereits vor seinem Inkrafttreten. Denn das Gesetz lässt bei der Eignung der Bieter soziale, umweltbezogene und innovative Aspekte zu (§ 2). Außerdem sieht es ein Mindestarbeitsentgelt von 8 Euro brutto je Arbeitsstunde vor (§ 3 Abs. 3) und Tariftreue im öffentlichen Personennahverkehr (§ 2 Abs. 3). Wie sich das Gesetz in der Praxis auswirkt und wie hoch der Verwaltungsmehraufwand sein wird, bleibt abzuwarten. § 14 sieht für die Zukunft zumindest eine Kostenerstattung für den Mehraufwand der öffentlichen Auftraggeber nach Fallpauschalen vor.

#### Präqualifizierung im Baubereich

Wir wollen an dieser Stelle nur einige vergaberechtlich zusätzliche Anforderungen, die öffentliche Auftraggeber im Land Brandenburg zu beachten haben werden, beleuchten. Hinsichtlich der Eignung der Bieter bei *Bauvergaben* im Sinne des § 6 Abs. 3 VOB/A müssen öffentliche Auftraggeber die Eignung durch ein Präqualifikationsverzeichnis auch ohne besonderen Hinweis anerkennen. Alternativ muss der öffentliche Auftraggeber auch Unterlagen über die Entrichtung von Beiträgen an den zuständigen Sozialversicherungsträger zulassen; allerdings sind diese Unterlagen vom öffentlichen Auftraggeber nach der Vorschrift des § 6 Abs. 2 erst zu prüfen, wenn der Bieter den Zuschlag erhalten soll. Auch hier ist also eine Nachlieferung möglich.

#### Vertiefte Prüfung bei unangemessen niedrigen Angeboten

§ 7 enthält - neben dem ohnehin anzuwendenden § 16 Abs. 6 VOB/A - zusätzliche Vorschriften für den Umgang mit unangemessen niedrigen Angeboten. Neben der grundsätzlichen Differenzierung zwischen den Kriterien „Preis“ und „Wirtschaftlichkeit“ enthält § 7 eine Verpflichtung zur „vertieften Prüfung“ bei Bauleistungen, soweit der Auftragswert 10.000 € netto überschreitet und eine Abweichung von 10 % vorliegt.

Ein Beispiel für eine solche vertiefte Prüfung liefert der von uns im letzten Rundschreiben besprochene Beschluss des OLG Brandenburg vom 22.03.2010, der allerdings keine Bauleistungen betraf. Dieser Beschluss kann daher durchaus als Richtschnur für eine solche vertiefte Prüfung gesehen werden, insbesondere die möglicherweise anzustellenden eigenen Be-

rechnungen und Kalkulationen. Das Brandenburgische Vergabegesetz legt ein Prozedere dieser Prüfung fest, welches in großen Teilen den Vorschlägen im Beschluss des OLG Brandenburg entspricht, insbesondere der Aufforderung des Bieters zur Vorlage der Kalkulation für die Arbeitsentgelte. Bei weiterhin bestehenden Zweifeln und der Nichterfüllung der Auflagen sieht das Gesetz den Ausschluss des Angebotes vor. Auch setzt der Brandenburgische Gesetzgeber die bisher von der Rechtsprechung teilweise als Richtschnur angenommene „10 %-Schwelle“ der Abweichung des Angebots von anderen Angeboten um.

#### Noch ungewisse Auswirkungen bei Vergabenachprüfungsverfahren

Zu beachten gilt für öffentliche Auftraggeber grundsätzlich, dass das BrbVergG sowohl für viele Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte als auch für Vergaben oberhalb dieser gelten wird. Im Falle des Erreichens der EU-Schwellenwerte können die Bieter ein Vergabenachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer führen. Ein Angebotsausschluss nach § 16 Abs. 6 VOB/A unter Anwendung der neuen Tiefenprüfung gemäß § 7 BrbVergG sollte daher äußerst sorgfältig geprüft werden, da nicht geklärt ist, wie die Vergabekammer und der Vergabesenat des Oberlandesgerichtes die neue Vorschrift im Hinblick auf die bisherige Rechtsprechung zum Ausschluss auslegen werden. Grundsätzlich halten wir die Regelung in § 7 BrbVergG jedoch für begrüßenswert.

#### Neue EU-Schwellenwerte in 2012 und (teilweise) Fortgeltung der „Wertgrenzenregelungen“

Die EU-Schwellenwerte legen fest, ab welchem geschätzten Nettoauftragswert die strengen Regelungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) mit dem weitgehenden Bieterrechtsschutz und der Pflicht zu EU-weiter Bekanntmachung gelten. Die sog. Wertgrenzenregelungen des Bundes und der Länder (aus dem Konjunkturpaket II) bestimmen hingegen, bis zu welchem geschätzten Nettoauftragswert die an das Haushaltsrecht gebundenen öffentlichen Auftraggeber ohne nähere Begründung eine Beschränkte Ausschreibung oder Freihändige Vergabe durchführen dürfen. Der Jahreswechsel bietet Anlass, relevante Änderungen zu beleuchten.

#### Erhöhung der EU-Schwellenwerte

Die EU-Schwellenwerte ergeben sich aus § 2 der Vergabeverordnung (VgV) und betragen derzeit für Aufträge auf Landes- und kommunaler Ebene 193.000 € für Liefer- und Dienstleistungen und 4.845.000 € für Bauaufträge (netto ohne Umsatzsteuer; im Sektorenbereich wie zum Beispiel Trinkwasser nach der Sekto-

renverordnung beträgt der Schwellenwert 387.000 € bzw. 4.845.000 €). Die EU-Kommission plant nunmehr nach regulärer zweijähriger Prüfung folgende Anpassungen: für die oben genannten Liefer- und Dienstleistungsaufträge: 200.000 € und für Bauaufträge 5 Mio. €.

**Achtung:** Zunächst dürfte aber die Anpassung der Vergabeverordnung (VgV) abzuwarten sein, da die Umsetzung in der VgV wohl erst im März 2012 möglich sein wird. Die Regelungen des nationalen Gesetzgebers gelten also zunächst weiter, weil sie als strengere zulässig sind.

#### *Unterschiedliche Wertgrenzenregelungen in den Ländern*

Die haushaltsrechtlichen Wertgrenzenregelungen hingegen stellen auf Landes- und kommunaler Ebene Ausnahmen und Anwendungsvorschriften für die Verdingungsverordnungen (VOB/A und VOL/A) dar, die eben nur Verfahrenserleichterungen enthalten, nämlich der Verzicht auf eine Öffentliche Ausschreibung ohne den sonst vorgeschriebenen Begründungsaufwand der Verordnungen. Ursprünglich sahen die Erlasse das Verfahren der Beschränkten Ausschreibung bis zu einem Nettoauftragswert in Höhe von 1 Million € und die Freihändige Vergabe bis zu 100.000 € (VOB/A) bzw. 100.000 € für beide Verfahrensarten nach der VOL/A als zulässig an (netto ohne Umsatzsteuer).

In **Brandenburg** galten die Regelungen nur bis zum Dezember 2011 (Gesch.-Z.: 21-H 1007.55 u 44-001/10). Allerdings hat die Brandenburgische Gemeindehaushaltsverordnung (GemHVO) in § 25a Abs. 2 und Abs. 3 die Regelungen zur Anwendung der Beschränkten Ausschreibung und Freihändigen Vergabe zumindest mit Geltung für die kommunalen Auftraggeber fast wortgleich übernommen. Außerdem gilt in Brandenburg wie in den meisten anderen Bundesländern die zusätzliche Pflicht, bereits vergebene Aufträge ab 25.000 € bekannt zu machen.

In **Berlin** galt die alte Wertgrenzenregelung nur bis zum 31. Dezember 2011 (vgl. Gemeinsames Rundschreiben SenStadtUm VI A / SenWirtschaft, Technologie und Forschung II F Nr. 07/ 2011). Die nach dem Rundschreiben genannten „neuen“ Wertgrenzen stimmen mit denen der VOB/A überein. Bei Leistungen nach der VOL/A hingegen ist gemäß dem Rundschreiben eine Beschränkte Ausschreibung bis 25.000 € und eine Freihändige Vergabe bis 7.500 € zulässig.

In **Mecklenburg-Vorpommern** gilt bis **31.12.2012** die Wertgrenzenregelung (1 Million € bzw. 100.000 € im VOB-Bereich; 100.000 € im VOL-Bereich; siehe auch Verwaltungsvorschrift vom 07.12.2010 – V 611 – 00020-2010/051).

In **Sachsen-Anhalt** ist die alte Regelung zum 31. Dezember 2011 ausgelaufen (Erlass vom 08.12.2010 – 42-32570-20; MBl. LSA Nr. 34/2010 vom 30.12.2010). Ab 01.01.2012 gelten stattdessen die Regelungen des § 3 VOB/A, und für die VOL/A ergänzend, dass Beschränkte Ausschreibungen unterhalb eines Auftragswertes von 50.000 € und Freihändige Vergaben bis zu einem Auftragswert von 25.000 € zulässig sind.

In **Thüringen** galten nur bis 31.12.2010 erhöhte Wertgrenzen und jetzt gemäß „Vergabe-Mittelstandsrichtlinie“ vom 16.12.2010 (ThürStAnz Nr. 2/2011 vom 10.01.2011) im VOL-Bereich 50.000 € für Beschränkte Ausschreibungen und 20.000 € für Freihändige Vergaben. Im VOB-Bereich gelten für Beschränkte Ausschreibungen die Werte des § 3 Abs. 3 Nr. 1 und nur bei Freihändigen Vergaben abweichend von § 3 Abs. 5 ein Wert von 50.000 €, sofern mindestens zwei bis drei Vergleichsangebote eingeholt werden.

In **Sachsen** galten bereits in 2011 keine von § 3 VOB/A abweichende Wertgrenzenregelungen.

#### **Aktuelle Rechtsprechung im Bau- und Vergaberecht:**

##### **Der Bundesgerichtshof zum „funktionalen Mangelbegriff“**

Das BGB stellt im Werkvertragsrecht in § 633 auf die vereinbarte Beschaffenheit ab. Dieses umfasst nicht nur die Übereinstimmung mit den technischen Leistungsbeschreibungen, sondern auch die Funktion, die das Bauwerk oder das Werk überhaupt nach dem Willen der Parteien erfüllen soll. Dieses kann insbesondere bei Planungsleistungen ausschlaggebend sein, wie der Bundesgerichtshof in einem Urteil vom 29.09.2011 (VII ZR 87/11, Vorinstanz: Oberlandesgericht Brandenburg) entschieden hat. Nach dieser Entscheidung liegt eine Abweichung von der vereinbarten Beschaffenheit vor, wenn der mit dem Vertrag verfolgte Zweck der Herstellung eines Werkes nicht erreicht wird und das Werk seine vereinbarte oder nach dem Vertrag vorausgesetzte Funktion nicht erfüllt.

##### *Unbrauchbare Vermessungsleistung*

Hintergrund der Entscheidung war die fehlerhafte Vermessung und Dokumentation eines Elektrodükers durch einen Ingenieur. Der Ingenieur stellte im Auftrag eines Bauunternehmers den Verlauf des Dükers jedoch lediglich mittels einer idealisierten Linie zwischen Anfangs- und Endpunkt, die er aufgemessen hatte, dar. Die so erstellten Bestandspläne wurden dem beauftragenden Bauunternehmen zur Verfügung gestellt.

Dieser beschädigte gleichwohl bei Rammarbeiten Elektroleitungen, weil diese eben nicht dem idealisierten Verlauf entsprachen. Der Bauunternehmer musste nach Aufforderung der betroffenen Stadt die Leitungen reparieren lassen. Die Kosten verlangt der Bauunternehmer vom Ingenieur ersetzt.

Der Bundesgerichtshof gab dem Bauunternehmer recht und legte den geschlossenen Vertrag mit dem Ingenieur hinsichtlich des beabsichtigten Zwecks als Teil einer Beschaffensvereinbarung aus: Da die Vermessungspläne Grundlage für Rammarbeiten sein sollten, was dem Ingenieur bekannt war, wäre der tatsächliche Verlauf so präzise wie möglich zu vermessen und zu dokumentieren gewesen wäre - etwa anhand oberirdischer Markierungspunkte. Nach Auffassung des BGH fehlte dem Werk also die vereinbarte Beschaffenheit. Dem Ingenieur ist aus Sicht des BGH offenbar auch nicht gelungen, darzulegen und zu beweisen, dass das beauftragende Bauunternehmen einen geringeren Standard hinsichtlich der Beschaffenheit vertraglich gefordert hat. Auch konnte der Ingenieur entsprechende Hinweise oder Prüfungen seinerseits nicht nachweisen.

#### *Praxistipp*

Bauunternehmen und Planer tun gut daran, von vornherein zu prüfen, welche Funktionen ihre Leistungen erfüllen müssen, und ob sich aus etwa vorliegenden Planungen Bedenken- oder Hinweispflichten ergeben. (Öffentlichen) Auftraggebern ist trotz der Entscheidung des BGH zu raten, ihre Leistungsbeschreibungen auch im Hinblick auf die gewünschten Funktionen und Ergebnisse zu überprüfen.

#### *Veranstaltungshinweise und Veröffentlichungen*

Herr Rechtsanwalt Kühne wird im Rahmen von VHW Veranstaltungen am 25. Januar 2012 in Schwerin und am 26. Januar 2012 in Magdeburg zu den Leitungsrechten in den neuen Bundesländern vortragen.

Weiterhin findet am 23. Februar 2012 in Potsdam eine Veranstaltung des VHW zur dezentralen Abwasserbeseitigung statt, bei der Herr Rechtsanwalt Kühne Referent ist.

Herr Rechtsanwalt Dr. Harms wird am 16. Februar in Berlin einen Vortrag zum Thema „Fehlerfreie Verfahren nach VOB/A und VOL/A“ im Rahmen einer Veranstaltung des Unternehmens bi-Ausschreibungsdienste halten.

Wir würden uns freuen, Sie auf einigen dieser Veranstaltungen begrüßen zu dürfen.

Herr Rechtsanwalt Dr. Harms und Herr Rechtsanwalt Schmidt-Wottrich haben in der Dezemberausgabe 2011 der Zeitschrift Landes- und Kommunalverwaltung – LKV einen Aufsatz zu Ausschreibungspflichten bei kommunalen Grundstücksverkäufen und städtebaulichen Verträgen veröffentlicht.

#### Über uns:

SWKH erbringt rechts- und wirtschaftsberatende Dienstleistungen speziell in den Bereichen Ressourcenschutz, Infrastrukturentwicklung und im Wirtschaftsrecht; hierzu gehören u.a. das Planungs- und Baurecht, das Energierecht und Umweltrecht, Gesellschafts- und Wirtschaftsverwaltungsrecht sowie das Kommunal- und Verfassungsrecht.

Unsere Mandanten sind:

öffentliche Körperschaften, Institutionen und Behörden des Bundes und Landesregierungen bis hin zu Städten, Gemeinden und Zweckverbänden;  
kommunale Betriebe wie Energieversorger, Verkehrs- und Infrastrukturunternehmen, hier vor allem auf dem Gebiet der Wasserwirtschaft und der erneuerbaren Energien;  
Verbände, Vereine und Stiftungen;  
Industrieunternehmen, mittelständische Unternehmen im Bausektor und im Ver- und Entsorgungsbereich, Bauherrn;  
Architekten, Ingenieure und Privatpersonen, private Vorhabenträger und Betroffene.

Verantwortlich für den Inhalt:

RA Jörg Schmidt-Wottrich  
RA Rainer Kühne  
RA Dr. jur. Andreas Harms

#### Kontakt:

Büro Berlin  
Kantstraße 31  
D-10625 Berlin  
Tel: +49.30.20 45 49 30  
Fax: +49.30.88 72 66 33  
**Email: ra@swkh.de**

Büro Falkensee  
Foersterstraße 12b  
D-14612 Falkensee  
Tel: +49.33 22.23 97 06  
Fax: +49.33 22.23 97 07  
**Email: jrs@swkh.de**