

## In eigener Sache

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir freuen uns, Ihnen an dieser Stelle mitteilen zu können, dass wir Sie ab dem 29. August in unseren neuen größeren Büroräumen in der **Kantstraße 31 in 10625 Berlin** begrüßen dürfen.

Aufgrund verschiedener technischer Umstellungen haben wir auch eine **neue Telefonnummer**, unter der Sie uns Montag bis Freitag von 9.00 bis 18.30 Uhr erreichen können: **030 20 45 49 30. Die bisherige Faxnummer bleibt.**

Nicht nur mit neuen Büroräumen können wir aufwarten, auch mit der Neugestaltung unseres Internetauftrittes, den Sie mit Hilfe dieses Newsletters hoffentlich finden werden.

Ansonsten bleiben wir uns aber treu und werden Sie weiterhin zuverlässig in allen Rechtsfragen aus den Bereichen Wasser, Abwasser, Bauen, Planen und Vergabe sowie Umwelt und kommunaler Organisation beraten und vertreten.

In diesem Sinne wünschen wir Ihnen eine spannende Lektüre.

### SWKH Rechtsanwälte

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

Berlin im August 2011

## Kommunalabgabenrecht

### 1. Frischwassermaßstab in der dezentralen Entsorgung

Das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg hat in einer Entscheidung vom 06. Juli 2011 (Az. OVG 9 B 28.09) eine Gebührensatzung zur dezentralen Entsorgung für unwirksam befunden, da der gewählte Frischwassermaßstab in seiner konkreten Ausgestaltung unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Satzungsgebiet in einem offensichtlichen Missverhältnis zur tatsächlichen Inanspruchnahme stand.

#### Sachverhalt

Der in der fraglichen Satzung ausgestaltete so genannte Frischwassermaßstab berücksichtigte für die Gebührenbemessung der Abfuhr von Schmutzwasser aus abflusslosen Sammelgruben einerseits die dem Grundstück aus öffentlichen und privaten Wasserversorgungsanlagen zugeführten Wassermengen sowie das auf Grundstücken anfallende und als Brauchwasser genutzte Niederschlagswasser, andererseits wurden Wassermengen nur dann von der Gebührenberechnung ausgenommen, soweit sie durch anzeige- und abnahmepflichtige sowie geeichte Gartenwasserzähler festgestellt wurden.

#### Zusammenhang von Maßstab und tatsächlicher Inanspruchnahme

Diese Ausgestaltung des Gebührenmaßstabs führt nach Auffassung der OVG Berlin-Brandenburg dazu, dass ein Mehr oder Weniger an Inanspruchnahme nicht zu einem verhältnismäßigen Mehr oder Weniger an Gebühr führt. Soweit nämlich Niederschlagswasser, ohne als Brauchwasser genutzt zu sein, in die Sammelgrube gelangt und nach der Vermischung mit Schmutzwasser als solches entsorgt worden ist, führt diese erhöhte Inanspruchnahme der öffentlichen Einrichtung zur dezentralen Entsorgung nicht zu einer höheren Gebühr. Auf der anderen Seite führen die restriktiven Regelungen zur Beachtlichkeit von Abzugsmengen dazu, dass sich ein Weniger bei der tatsächlichen Inanspruchnahme nicht in einem Weniger an Gebühr niederschlägt.

Auf den ersten Blick überrascht die Entscheidung des OVG Berlin-Brandenburg insbesondere deswegen, weil sie – anders als die erste Instanz – die Zulässigkeit des Frischwassermaßstabs in der dezentralen Entsorgung nicht wie bisher vom Erzielungsgrad abhängig macht, sondern ihn scheinbar pauschal für untauglich hält.

#### Weiterhin Gestaltungsmöglichkeiten für den Frischwassermaßstab

## Inhaltsverzeichnis

### Kommunalabgabenrecht

1. Frischwassermaßstab in der dezentralen Entsorgung
2. Beitragspflichtige Fläche bei Grundstücken mit untergeordneter Bebauung
3. Erlass von Gebührenbescheiden durch Geschäftsbesorger?

### Bauvertrags- und Vergaberecht

4. Ausschluss unauskömmlicher Angebote in Vergabeverfahren
5. Gesetzentwurf „Brandenburgisches Vergabegesetz“
6. Die „Gleichwertigkeit“ von Produkten und Verfahren bei der Angebotsprüfung
7. Fälligkeit, Prüfbarkeit und Einwendungen der Schlussrechnung gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 VOB/B
8. Veranstaltungshinweise

Schaut man sich das Urteil jedoch dagegen näher an, stellt man fest, dass bei einer entsprechenden Ausgestaltung auch in Zukunft Raum für den Frischwassermaßstab in der dezentralen Entsorgung bleibt. Das Gericht betont an mehreren Stellen, dass der gewählte Frischwassermaßstab nur im Hinblick auf seine konkrete Ausgestaltung und unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse im Satzungsgebiet in einem offensichtlichen Missverhältnis zu einer Inanspruchnahme steht.

Das Gericht stellt eingangs noch einmal klar, dass für die Abwasserentsorgung aus abflusslosen Sammelgruben ein praktikabler Wirklichkeitsmaßstab nicht zur Verfügung steht, da auch die Bemessung nach den Abfuhrmengen die die wirkliche Reinigungsleistung mitbestimmende jeweilige Schmutzfracht nicht erfassen kann. Wählt ein Aufgabenträger daher als Wahrscheinlichkeitsmaßstab den Frischwassermaßstab, muss er darauf achten, dass sich ein Mehr oder Weniger der Inanspruchnahme der öffentlichen Einrichtung zur dezentralen Entsorgung auch in der Gebührenbemessung widerspiegelt. Daher muss offensichtlich nach der Auffassung des Gerichts die Einleitung von Niederschlagswasser in die abflusslose Sammelgrube bei der Bemessung der Gebühr berücksichtigt werden. Werden Mengen (nachweisbar) tatsächlich nicht der öffentlichen Einrichtung zur dezentralen Entsorgung zugeführt, muss dies auch bei der Bemessung der Gebühr Berücksichtigung finden. Insoweit dürfte einiger Gestaltungsspielraum bestehen.

Das Gericht selber hat bezeichnender Weise ausdrücklich auf Folgendes hingewiesen:

*„Zum anderen bedeutet die Nichtigkeit des in § 15 SDESAS 7/2002 geregelten Gebührenmaßstabs nicht, dass ein anders modifizierter Frischwassermaßstab unter den Verhältnissen des Satzungsgebiets im betreffenden Zeitraum ebenfalls nichtig gewesen wäre.“*

Die Aufgabenträger sollten diese Entscheidung zum Anlass nehmen, ihre konkrete Ausgestaltung des Gebührenmaßstabs in der dezentralen Entsorgung auf den Prüfstand zu stellen.“

## **2. Beitragspflichtige Fläche bei Grundstücken mit untergeordneter Bebauung**

Seit der Entscheidung des OVG Berlin-Brandenburg vom 16. Dezember 2009 (Az. OVG 9 B 65.08) besteht bei den Aufgabenträgern Unsicherheit darüber, ob und in welcher Art und Weise bei Grundstücken mit einer untergeordneten Bebauung (wie z. B. bei Sportplätzen, Freibädern, Friedhöfen und Dauerkleingärten) die beitragspflichtige Fläche reduziert werden kann. Das OVG Berlin-Brandenburg hatte in der zuvor genannten Entscheidung eine Reduzierung der Fläche als unzu-

lässig erachtet. Dies lag aber insbesondere daran, dass die fragliche Satzung bei der Reduzierung ausdrücklich von einem Artabschlag ausging, der seit der Änderung des § 8 Abs. 6 Satz 3 KAG zum 01. Februar 2004 nicht mehr zulässig ist.

### **Widmung beachten**

Das VG Cottbus hat nunmehr zu dieser Frage einige interessante Entscheidungen gefällt. So vertritt das VG Cottbus die Auffassung, dass Friedhöfe regelmäßig mit einer verringerten Grundstücksfläche veranlagt werden können (vgl. VG Cottbus, Urteil vom 03. März 2011, Az. 6 K 351/09). Dies gelte unabhängig davon, ob sich das Grundstück im Bereich eines Bebauungsplans oder im unbeplanten Innenbereich befindet. Entscheidend ist die Widmung als Friedhof.

Im unbeplanten Innenbereich darf der Satzungsgeber nach Auffassung des VG Cottbus eine Privilegierung nicht daran knüpfen, dass Grundstücke beispielsweise als Sportplatz, Schwimmbad oder Campingplatz tatsächlich genutzt werden (vgl. VG Cottbus, Urteil vom 03. März 2011, Az. 6 K 351/09; VG Cottbus, Urteil vom 08. Juni 2011, Az. 6 K1033/09). Maßgeblich ist nämlich die zulässige und nicht die tatsächlich verwirklichte Nutzung. Eine andere Bewertung kann nur dann in Betracht kommen, wenn die Grundstücke auf der Grundlage einer öffentlich-rechtlichen Widmung nur untergeordnet genutzt werden. In diesem Fall schließt die öffentliche Widmung eine anderweitige Nutzung aus.

Dieser Auffassung des VG Cottbus ist zuzustimmen, da solche öffentlich gewidmeten Grundstücke nicht ohne vorherige Entwidmung andersartig bebaubar sind.

### **Privilegierung von Freibädern**

Nicht geteilt werden dagegen die Bedenken des VG Cottbus gegen eine Privilegierung von Schwimmbädern im Gebiet eines Bebauungsplans. Zumindest bei Freibädern ist regelmäßig von einer untergeordneten Bebauung auszugehen. Auch wenn man die Schwimmbecken bei der Betrachtung der Baulichkeiten mit einbezieht, haben Schwimmbäder regelmäßig große Freiflächen. Allein das Verhältnis von Baulichkeiten zu Freiflächen ist maßgeblich, wenn man für die Beitragsbemessung auf die Bebaubarkeit abstellt.

### **Praxistipp**

Es bleibt abzuwarten, inwieweit das OVG Berlin-Brandenburg den Aufgabenträgern Gestaltungsspielräume einräumen wird. Es ist jedoch anzuraten, in der Satzung zumindest nicht mehr allein auf die tatsächliche Nutzung als Sportplatz, Freibad, Campingplatz o. ä. abzustellen.

### 3. Erlass von Gebührenbescheiden durch Geschäftsbesorger?

In der Bescheidpraxis öffentlicher Aufgabenträger ist die Zuarbeit externer Dienstleister die übliche Praxis. Schwierige Rechtsfragen stellen sich hinsichtlich des Umfangs der Aufgabendelegation an das private Unternehmen, denn die Bandbreite der Dienstleistungen reicht von behördeninternen Unterstützungsleistungen (z.B. Erfassen und Eingabe von Daten) bis hin zur Erstellung von Bescheiden und deren Versendung im Auftrag des öffentlichen Aufgabenträgers.

#### Thüringer Rechtsprechung zur Geschäftsbesorgung im Bescheidwesen

Viel diskutiert wurden die Entscheidungen des VG Weimar (8. Mai 2009) und OVG Weimar (14. Dezember 2009). Hier wurden Bescheide unter dem Briefkopf des beklagten Zweckverbandes an die Kläger versandt. Da der Verband zu diesem Zeitpunkt über kein eigenes Personal verfügte, schloss er mit einer privaten GmbH einen Geschäftsbesorgungsvertrag. Der Dienstleister berechnete die Wasser- und Abwassergebühren, erstellte die Bescheide und versendete diese auch – aber mit dem Briefbogen des Zweckverbandes. Das Verwaltungsgericht und das Oberverwaltungsgericht haben diese Art der Aufgabenerledigung beanstandet und die angefochtenen Bescheide aufgehoben. Die Veranlagung zu Wasser- und Abwassergebühren einschließlich der Prüfung der Voraussetzungen der Gebührentatbestände falle nach dem Thüringer Landesrecht in die hoheitliche Entscheidungskompetenz des Zweckverbandes.

#### Entscheidung BVerwG zur Rechtsprechung VG und OVG Weimar

Nun hat auch das BVerwG am 23. August 2011 diese Urteile bestätigt und entschieden, dass ein Wasser- und Abwasserzweckverband den Erlass von Gebührenbescheiden nicht durch vertragliche Vereinbarung auf eine privatrechtlich organisierte GmbH übertragen darf (Az.: 9 C 2.11, 9 C 3.11, 9 C 4.11).

Die Annahme der Vorinstanzen, es lägen zwar formal Abgabenbescheide vor, diese seien jedoch rechtswidrig, weil sie inhaltlich nicht von dem zuständigen Hoheitsträger verantwortet seien, verstößt nach Auffassung des BVerwG nicht gegen Bundesrecht. Sie lasse keine sachfremden Erwägungen erkennen und könne das Recht auf kommunale Selbstverwaltung schon deswegen nicht verletzen, weil der Zweckverband nicht der Selbstverwaltungsgarantie des Grundgesetzes unterfalle.

Nach Vorliegen der Urteilsgründe der BVerwG-Entscheidung werden wir wegen der praktischen Relevanz in unserem nächsten Rundschreiben ausführlicher auf dieses Thema eingehen.

## Bauvertrags- und Vergaberecht

### 4. Ausschluss unauskömmlicher Angebote in Vergabeverfahren

#### Der „schwache“ Bieter

Öffentliche Auftraggeber kennen - insbesondere bei der Vergabe von Bauleistungen - dieses Problem, den „schwachen“ Bieter, und nicht selten sieht sich der Auftraggeber trotz erheblicher Zweifel gezwungen, dem günstigsten Bieter den Zuschlag zu erteilen. Es ist nicht nur die Insolvenz des Auftragnehmers, die dem Auftraggeber später zu schaffen machen kann, und die mit der Konsequenz einhergehen kann, erneut ausschreiben zu müssen. Es drohen auch eine eher mäßige Erfüllung des Auftrages und die Versuche des Auftragnehmers, über Nachträge „auf seine Kosten“ zu kommen. Mit dieser negativen Auswirkung der Anforderungen des Vergaberechts müssen und können öffentliche Auftraggeber zu Recht kommen. Denn ein Ausschluss unauskömmlicher Angebote ist möglich, wenn der öffentliche Auftraggeber bereits bei Prüfung der Angebote die Spielregeln beachtet. Selbstverständlich reicht es nicht aus, ein Angebot mit der Begründung auszuschließen, der angebotene Preis sei im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig. Ausschlaggebend dürfte in vielen Fällen vielmehr sein, dass der Bieter trotz entsprechender Nachfragen bei einer Erkennbarkeit einer möglichen Unauskömmlichkeit die Seriosität und Auskömmlichkeit seiner Preise nicht stichhaltig darlegen und nachweisen kann.

#### Der Sachverhalt

Das Oberlandesgericht Brandenburg hat jüngst die Pflichten der Bieter konkretisiert, und ebenfalls die „Obliegenheiten“ öffentlicher Auftraggeber, die diesen bei Zweifeln ermöglichen sollen, durch entsprechende Nachfragen im Aufklärungsgespräch einen Ausschluss zu begründen (Beschluss vom 22.03.2011 – Verg W18/10). Gegenstand des entschiedenen Falles war die europaweite Ausschreibung der Sammlung, Beförderung und Verwertung von Papier, Pappe und Kartonen für das gesamte Verbandsgebiet des öffentlichen Auftraggebers. Die Bieter sollten mit dem ausgeschriebenen Vertrag die eingesammelten Stoffe verwerten und den mit der Ausschreibung angebotenen Erlös unter Abzug der Vergütung auszahlen. Der Bestbietende unterbot das nächst günstigste Angebot um ca. 10%. Der Auftraggeber forderte in Vorbereitung der Aufklärung die Einreichung von Unterlagen zum Nachweis der Auskömmlichkeit (§ 19 EG Abs. 6 S. 1 VOL/A), weil ihm das Angebot außergewöhnlich niedrig erschien. Der Bestbietende überreichte Kalkulati-

onsgrundlagen sowie Informationen zum geplanten Fahrzeug- und Personaleinsatz.

Trotz oder wegen des nachfolgenden Aufklärungsgesprächs kam der Auftraggeber zu dem Entschluss, das Angebot des Bestbietenden auszuschließen. Den Ausschluss begründete der Auftraggeber unter anderem damit, dass bei wesentlichen Positionen keine Reserven ersichtlich seien und deshalb eine ordnungs- und vertragsgemäße Leistungserbringung nicht zu erwarten sei. Der Meistbietende rief die Vergabekammer an, die diesem Nachprüfungsantrag stattgab und den Auftraggeber verpflichtete, die Angebotswertung unter Einschluss des Angebots der Bestbietenden und Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.

#### *Die Entscheidung des OLG*

Dagegen hat neben dem Zweitbietenden der Auftraggeber sofortige Beschwerde beim OLG Brandenburg eingereicht, welches die Entscheidung des Auftraggebers für richtig hielt: Der Auftraggeber habe zu Recht ein Aufklärungsgespräch zur Prüfung eingeleitet, wobei das Gericht ausdrücklich bestätigt, dass zur Entscheidung über ein solches Aufklärungsgespräch dem Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zustehe. Eine Preisabweichung vom Zweitbietenden von 10 % und mehr sieht das Gericht als Anhaltspunkt für ein „ungewöhnlich niedriges Angebot“ an. Die Angemessenheit des Angebotspreises sei durch eine Betrachtung des Preis-Leistungs-Verhältnisses innerhalb des vom Ausschluss bedrohten Angebots zu ermitteln. Das Gericht stellt dabei zunächst auf die vom Auftraggeber durch eigene Berechnungen festgestellte „wirtschaftliche Unterdeckung“ von 150.000 €, wenigstens jedoch von 120.000 € pro Jahr ab, die dem Gericht alleine für die Begründung eines Ausschlusses aber nicht ausreicht.

Entscheidend für das Gericht war vielmehr, dass der Bestbietende mit dem Aufklärungsgespräch und danach nicht nachweisen konnte, dass er zum angebotenen Preis eine vertragsgerechte Leistung erbringen kann. Denn der Auftraggeber kann nach Auffassung des Gerichts durch Prüfung des Preises und Bitte um ein Aufklärungsgespräch die Beweislast auf den Bestbietenden abwälzen: dieser allein könne seine Kalkulation erläutern. Sinn und Zweck der dritten Wertungsstufe ist aus Sicht des Gerichts der Schutz des Auftraggebers vor Leistungsunfähigkeit und Schlechtleistung des Bieters. Es reiche im vorliegenden Fall auch nicht aus, dass der Bestbietende den geplanten Personal- und Maschineneinsatz darlegt hatte, wenn der Auftraggeber in seinen dokumentierten Unterlagen und Berechnungen feststellt, dass dieser geplante Einsatz den beabsichtigten Auftragsumfang überhaupt nicht abdecken kann, wobei nach Auffassung des Gerichts der Auftraggeber seine Prognose zu Recht auf eigene Erfahrungen der Vergangenheit stützen durfte.

#### *Praxistipp*

Die Entscheidung kann auch bei der Vergabe von Bauleistungen herangezogen werden, soweit es um den Ausschluss von „Unterkostenangeboten“ geht und Aufklärungsgespräche über Einheitspreise geführt werden. Das Gericht hat in seiner Entscheidung die Pflichten der Bieter und die Beurteilungsspielräume der Auftraggeber umrissen. Für die Praxis ist vor allem interessant, wie der Auftraggeber durch eigene Berechnungen, die er spätestens im Aufklärungsgespräch präsentieren muss, den Bieter zur schlüssigen Widerlegung eines vermuteten Unterkostenangebotes zwingt. Natürlich lastet hierdurch auf dem Auftraggeber neben der sonst schon aufwändigen Vorbereitung der Ausschreibung weiterer Arbeitsdruck. Die sorgfältige Begleitung auch nach Abgabe der Angebote und die Führung von Aufklärungsgesprächen kann jedoch ein böses Erwachen zu einem späteren Zeitpunkt verhindern.

#### **5. Gesetzentwurf**

##### **„Brandenburgisches Vergabegesetz“**

Bereits am 1. April hat die Brandenburgische Landesregierung ihren Gesetzesentwurf „Brandenburgisches Gesetz über Mindestanforderungen für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen“ (Brandenburgisches Vergabegesetz – BbgVergG) verabschiedet (vgl. <http://www.landtag.brandenburg.de/sixcms/media.php/5701/3030.pdf>). Am 1. Juni kam es zu einer öffentlichen Anhörung - auch des Alternativentwurfes von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN.

Politische Ziele des letztendlich hier interessierenden Regierungsentwurfes sind u. a. die Festlegung von Lohnuntergrenzen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, die Einhaltung der Tariftreue im Öffentlichen Personennahverkehr und eine größere Rechtssicherheit für die Vergabestellen. So sollen öffentliche Aufträge nur an Bieter vergeben werden, die ihren Beschäftigten einen Bruttostundenlohn von mindestens 7,50 Euro zahlen; dieser Entgeltsatz soll mindestens aber alle zwei Jahre überprüft werden. Erscheint ein Angebot, auf das der Zuschlag erteilt werden könnte, im Hinblick auf die Lohnkalkulation unangemessen niedrig, wird der öffentliche Auftraggeber zur vertieften Prüfung des Angebots verpflichtet. Im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs wird statt einer Mindestvergütung eine Tariftreueregelung getroffen. Bei öffentlichen Aufträgen für Dienstleistungen des ÖPNV auf Straße und Schiene sollen die Beschäftigten „mindestens das am Ort der Ausführung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt“ gezahlt bekommen.

Für Auftraggeber besonders zu berücksichtigen sein werden - und deshalb ist das Gesetz durchaus nicht als „Papiertiger“ zu betrachten, die Regelungen im geplanten § 9 zur Vertragsstrafe, Kündigung und Auftragsperre. Es ist zu hoffen, dass damit zumindest einige „schwarze Schafe“ vom Markt gedrängt werden können.

Das geplante Brandenburgische Vergabegesetz enthält auf den ersten Blick Regelungsgegenstände, die nicht unmittelbar den Wettbewerb betreffen, beziehungsweise vor allem sozialpolitische Ziele verfolgen. Aus unserer Sicht ist darin aber kein Widerspruch zu erkennen, da dem freien Wettbewerb immer schon gesetzliche Grenzen gesetzt waren, auch wenn diese nicht unter dem Begriff „Vergaberecht“ firmierten.

Wir werden weiter berichten.

#### **6. Die „Gleichwertigkeit“ von Produkten und Verfahren bei der Angebotsprüfung**

Der Bundesgerichtshof hat mit Beschluss vom 13.03.2011 eine relativ klarstellende Entscheidung zur der Frage getroffen, wie ein öffentlicher Auftraggeber die Gleichwertigkeit eines Produkts oder eines Verfahrens etwa im Rahmen eines Nebenangebotes zu prüfen hat. Zu Grunde lag der Entscheidung ein Fall, in welchem bei der Ausschreibung von Straßenbauleistungen für einen Schacht ein Leitfabrikat unter Nennung des Herstellers abgefordert wurde, gleichzeitig aber Nebenangebote zugelassen waren. Die Gleichwertigkeit sollte laut Ausschreibungsunterlagen durch geeignete Unterlagen nachgewiesen werden. Nur mit einem Nebenangebot konnte ein Bieter in der Wertungsreihenfolge auf Platz 1 rutschen, obgleich ein später einen Nachprüfungsantrag stellender Wettbewerber mit einem Hauptangebot Platz 1 belegt hatte. Der Bieter hatte die Gleichwertigkeit dadurch aus Sicht des Auftraggebers nachgewiesen, indem er eine Erklärung des Herstellers des Leitfabrikats vorlegte, aus welchem die Erlaubnis hervorging, einen mit dem Leitfabrikat vorgegebenen Geschiebeschacht statt als Fertigteil in Ortbeton auszuführen.

#### **Prüfung nur nach „pflichtgemäßem Ermessen“**

Der Bundesgerichtshof stellt hierzu fest, dass der Auftraggeber die Gleichwertigkeit des Nebenangebotes nur nach „pflichtgemäßem Ermessen“ zu prüfen habe. Hierbei unterscheidet der Bundesgerichtshof zwischen „Vertretbarkeit“ der Entscheidung des Auftraggebers und „sachlicher Richtigkeit“. Die Gerichte sollen sich danach nicht an die Stelle des öffentlichen Auftraggebers setzen, sondern lediglich prüfen, ob das Prüfungsergebnis Gleichwertigkeit „nachvollziehbar“ ist.

#### **Folgerungen für die Praxis**

Für die Praxis hat dieses die Konsequenz, dass dem Auftraggeber in vielen Fällen ein weites Ermessen zusteht, ohne dass dieser befürchten muss, etwa Schadenersatz leisten zu müssen. Vor allem ist den Auftraggebern zu empfehlen, viel öfter von den Möglichkeiten Gebrauch zu machen, Nebenangebote zuzulassen beziehungsweise den Gleichwertigkeitsnachweis großzügig zu prüfen. Denn letztendlich sollte sich jeder Auftraggeber das Fachwissen und die Erfahrungen der Bieter zu Nutzen machen, soweit nicht von vornherein eine funktionale Ausschreibung möglich ist. Allerdings sollte auch hier die Prüfung sorgfältig erfolgen, um Verzögerungen durch Rügen und Einschaltung der Vergabekammern zu vermeiden.

#### **7. Fälligkeit, Prüfbarkeit und Einwendungen der Schlussrechnung gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 VOB/B**

Die VOB/B enthält eine Reihe von Regelungen hinsichtlich des Umgangs mit Schlussrechnungen durch Auftraggeber und Auftragnehmer, die bei Nichtbeachtung für beide Seiten zu unangenehmen Folgen führen kann, auch wenn diese Regelungen letztendlich der Rechtssicherheit dienen. Der Bundesgerichtshof hat dazu in einem Urteil vom 27.01.2011 (Az.: VII ZR 41/10) über einen wesentlichen Aspekt entschieden.

#### **Die Entscheidung des BGH**

Ist eine Werklohnforderung des Auftragnehmers fällig geworden, weil der Auftraggeber innerhalb einer Frist von zwei Monaten keine Einwendungen gegen die Prüfbarkeit der Schlussrechnung erhoben hat, kann laut BGH die Vorlage weiterer, nicht prüfbarer Schlussrechnungen an der bereits eingetretenen Fälligkeit der Werklohnforderung nichts ändern. Es soll laut BGH eine Sachprüfung stattfinden, ob die Forderung berechtigt ist oder nicht.

Gegenstand der ursprünglichen Klage war die Vergütung der Erstellung von Elektro- und HLS-Anlagen, die zunächst nach Stundenaufwand und Material abgerechnet wurden. Die erste Instanz hatte die Klage abgewiesen, und in der Berufungsinstanz sind aufgrund von gerichtlichen Hinweisen neue Schlussrechnungen nach Einheitspreisen erstellt worden.

Im Gegensatz zum Berufungsgericht betrachtete der BGH die geltend gemachten Werklohnforderungen als fällig, obgleich die ursprünglich vorgelegte Schlussrechnung möglicherweise nicht prüfbar war. Dieses gilt laut BGH nämlich ausnahmsweise dann, wenn der Auftraggeber innerhalb einer Frist von zwei Monaten nach Vorlage der Schlussrechnung keine Einwendungen gegen deren Prüfbarkeit erhoben hat. Dann wird

die Werklohnforderung nach Treu und Glauben auch fällig, wenn die vorgelegte Rechnung nicht prüfbar ist. Dieses führt im gerichtlichen Verfahren dazu, dass sich das Gericht mit der Forderung inhaltlich auseinandersetzen muss. Und diese Prüfung umfasst auch diejenigen Einwendungen, die gegen die Prüfbarkeit erhoben worden sind und gleichzeitig die sachliche Berechtigung in Frage stellen.

Auch kann die Vorlage weiterer Schlussrechnungen daran nichts ändern: Die Fälligkeit der Werklohnforderung kann nicht dadurch beseitigt werden, dass neue nicht prüfbare Schlussrechnungen gelegt werden und der Auftraggeber entsprechende Einwendungen innerhalb einer Frist von zwei Monaten nach Erteilung der Schlussrechnung erhebt.

#### Praxistipp

Auftraggebern ist zu raten, bestehende Arbeitsanweisungen im Hinblick auf die Fristenkontrollen und die Hinweismöglichkeit auf die Folgen einer vorbehaltlosen Annahme zu überprüfen sowie gleichzeitig auf die Unterscheidung zwischen *Prüfung der Prüffähigkeit* und *Prüfung der sachlichen/inhaltlichen Richtigkeit* Wert zu legen. Auftragnehmer sollten nur prüfbare Rechnungen erstellen, vor allem aber das Repertoire des § 16 VOB/B kennen - insbesondere die Ausschlusswirkung der vorbehaltlosen Annahme, um den Verlust von Forderungen zu verhindern.

#### Veranstaltungshinweise

Herr Rechtsanwalt Kühne wird im Rahmen von VHW Veranstaltungen am 24. August 2011 in Berlin, am 21. September 2011 in Leipzig und am 07. November 2011 in Erfurt zu den Leitungsrechten in den neuen Bundesländern vortragen.

Ferner machen wir Sie auf die 12. Brandenburger Beitrags- und Gebührentage am 15. / 16. September 2011 in Potsdam aufmerksam. Herr Rechtsanwalt Kühne ist dabei mit dem Thema „Anmerkungen zum beitragsfähigen Aufwand“ vertreten.

Herr Rechtsanwalt Dr. Harms wird am 8. September in Werder (Havel) einen Kurzvortrag zur Generalunternehmervergabe im Rahmen einer Veranstaltung des Unternehmens EKO-PLANT halten.

Außerdem hält Herr Rechtsanwalt Dr. Harms am 28. Oktober in Rostock einen Vortrag zum Thema „Fehlerfreie Verfahren nach VOB/A und VOL/A“ im Rahmen einer Veranstaltung des Unternehmens bi-Ausschreibungsdienste.

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

#### 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](mailto: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](mailto:jrs@swkh.de)