

In eigener Sache

Sehr geehrte Damen und Herren,

zum Jahresende möchten wir Sie mit diesem Rundschreiben über aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung auf den Gebieten der Wasserwirtschaft, des Honorarrechts für Architekten und Ingenieure sowie des Vergaberechts informieren. Ein Schwerpunkt ist dieses Mal die Gesetzesänderung des Brandenburgischen Kommunalabgabengesetzes mit Einführung einer Verjährungshöchstfrist, die Entscheidung des OVG Berlin-Brandenburg in Sachen „Beitragsveranlagung der Stadt Cottbus“, die geänderte Rechtsprechung zur Tiefenbegrenzung im reinen Innenbereich und die geplanten Änderungen in der VOB/B.

Der Newsletter ist deshalb etwas länger ausgefallen: mehr Lesestoff in der dunklen Jahreszeit. Wir wünschen eine spannende Lektüre.

SWKH Rechtsanwälte

Jörg Schmidt-Wottrich, Rainer Kühne,
Dr. Andreas Harms, Antje Motz M.B.L.

Berlin im Dezember 2013

Inhaltsverzeichnis

Wasserwirtschaft

- **Verjährungshöchstfrist im KAG Bbg**
- **Beitragserhebung in der Stadt Cottbus und Berücksichtigung von Abschreibungserlösen**
- **Niederschlagswasserbeseitigung**
- **Tiefenbegrenzung im Innenbereich**

Bauvertrags- und Vergaberecht

- **Die HOAI 2013**
- **Geplante Änderungen der VOB/B**
- **Keine Vertragsstrafe bei Nichterfüllung einer Ankreuzoption**

Veranstaltungshinweise

Wasserwirtschaft

Verjährungshöchstfrist im KAG Brandenburg

Der Landtag hat am 20. November 2013 die viel diskutierte 6. Änderung des KAG beschlossen. Mit § 19 (neu) ist nun eine „zeitliche Obergrenze für den Vorteilsausgleich“ eingeführt worden. Damit gilt nun im Land Brandenburg eine Verjährungshöchstfrist für Abgabenbescheide bis zum 31. Dezember 2015, wenn das Entstehen der Vorteilslage bereits länger als 15 Jahre zurück liegt. Die Regelung in § 19 Abs. 1 KAG besteht aus zwei Teilen: einer Verjährungshemmung bis zum 03. Oktober 2000 wegen der Sondersituation nach der Deutschen Einheit (S. 3) und der eigentlichen Verjährungshöchstfrist mit Ablauf des 15 Kalenderjahres, das auf den Eintritt der Vorteilslage folgt (S. 1).

Diese Gesetzesänderung ist eine Reaktion auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 05. März 2013, um mögliche verfassungsrechtliche Bedenken an dem Brandenburgischen Kommunalabgabengesetz zu entkräften. Herr Rechtsanwalt Jörg Schmidt-Wottrich aus unserer Kanzlei, der als Experte in der Ausschusssitzung am 24. Oktober 2013 angehört wurde, hatte sich für die gesetzliche Verankerung einer längeren Frist ausgesprochen. Der Gesetzgeber ist aber seinem Rat und dem Rat anderer Praktiker und Experten nicht gefolgt.

Folgen für die Aufgabenträger

Die Aufgabenträger sind nun gefordert, ihre Beitragserhebungen bis zum 31. Dezember 2015 abzuschließen und zwar durch flächendeckende Bekanntgabe aller Abgabenbescheide vor Ablauf dieses Datums.

Aufgabenträger, die absehbar keine komplette Bescheidung innerhalb der Verjährungshöchstregelung organisieren können, werden die Einführung gespaltenen Gebührensätze prüfen müssen, um nicht Gefahr zu laufen, dass erloschene Beitragsforderungen abgabenrechtlich nicht mehr berücksichtigt werden können.

Wenn Beitragsforderungen verjähren, also erlöschen, und unterstellt wird, diese seien gleichwohl als Abzugskapital bei der Gebührenermittlung zu berücksichtigen, kann die hierdurch entstehende Deckungslücke dann nur durch Umlagen verbandsintern oder durch Zuschüsse des Landes gedeckt werden.

Die Zweckverbände könnten aber auch gezwungen sein, Umlagen von ihren Mitgliedsgemeinden deshalb zu erheben, weil die Finanzierung der Ausgaben nicht vollständig über Gebühren gedeckt werden kann und ein Erstattungsanspruch gegen das Land nicht, noch nicht oder nicht im erforderlichen Umfang festgestellt ist. Ein solcher Erstattungsanspruch ist in § 19 Abs. 2 KAG (neu) angelegt.

Erstattungsanspruch für Mehrbelastungen

Danach erstattet das Land den Gemeinden die von ihnen nachzuweisenden Mehrbelastungen, die ihnen ohne Verschulden durch Einführung der Verjährungshöchstfrist entstehen. Ohne Verschulden entstanden sind Mehrbelastungen insbesondere dann nicht, wenn die Gemeinden sie durch zumutbare eigene Anstrengungen abwenden können. Zumutbar sind insbesondere alle Maßnahmen zum Erlass rechtswirksamer Satzungen und darauf beruhender wirksamer Abgabenbescheide.

Die Beweislast, alles Erforderliche und Zumutbare geleistet zu haben, liegt also bei den Aufgabenträgern. In der Rechtsanwendung wird erst entschieden werden, welche Anstrengungen der Gemeinden nötig sind, um ein fehlendes Verschulden belegen zu können, worauf sich die Mehrbelastungen beziehen, wie diese nachzuweisen sind und in welchem Umfang diese erstattet werden.

Mit Einführung der Verjährungshöchstfrist sind viele z.T. neue Fragen aufgeworfen worden. Über die Beantwortung dieser Fragen und die weitere Rechtsentwicklung werden wir in den folgenden Newslettern zeitnah berichten.

Beitragserhebung in der Stadt Cottbus und Berücksichtigung von Abschreibungserlösen

SWKH hat die Stadt Cottbus in zwei Berufungsverfahren vor dem Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg vertreten, in denen es um die Rechtmäßigkeit von Beitragsbescheiden (u.a. gegenüber einem sog. Altanschießer) ging. Das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg hat mit seinen Urteilen vom 14. November 2013 (OVG 9 B 34.12 und OVG 9 B 35.12) festgestellt, dass die aktuelle Beitragssatzung der Stadt Cottbus und die darauf beruhende Beitragserhebung rechtmäßig sind. In der mündlichen Verhandlung am 13. November 2013 wurden dabei auch grundsätzliche Fragen zur Zulässigkeit der Beitragserhebung bei einem so genannten Betreibermodell und zu den Anforderungen an eine Beitragskalkulation erörtert.

Berücksichtigung von Abschreibungserlösen

Das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg widmete sich in diesem Verfahren insbesondere auch der Frage, in wieweit die über Gebühren bzw. Entgelte bereits eingenommenen Abschreibungserlöse in der Beitragskalkulation berücksichtigt werden müssen. Nach den mündlichen Erläuterungen des Gerichts ist es bereits im Rahmen der Beitragskalkulation erforderlich, diese Abschreibungserlöse vom beitragsfähigen Aufwand abzuziehen. Zur Ermittlung der Abschreibungserlöse kann der Aufgabenträger die handelsrechtlichen Abschreibungen als Basis verwenden.

Die Aufgabenträger im Land Brandenburg sollten daher ihre Beitragskalkulationen daraufhin überprüfen, ob die bis zum Erlass der ersten wirksamen Beitragssatzung erzielten Abschreibungserlöse ermittelt und vom beitragsfähigen Aufwand abgezogen worden sind. Soweit dies nicht der Fall ist, sollte die Beitragskalkulation entsprechend ergänzt und überprüft werden, ob der festgelegte Beitragssatz auch nach Abzug der erzielten Abschreibungserlöse unter dem höchstzulässigen Beitragssatz liegt.

Die Urteile sind bisher noch nicht schriftlich mit Begründung zugestellt worden. Wir werden sie weiter informieren, sobald die schriftlichen Urteilsgründe vorliegen.

Niederschlagswasserbeseitigung

Die Zuständigkeit zur Niederschlagswasserbeseitigung und die Kostentragung bleiben weiter umstritten. Insbesondere das Verhältnis zwischen der Abwasserbeseitigungspflicht nach den Landeswassergesetzen und der Zuständigkeit des Straßenbaulastträgers nach den Straßengesetzen ist vielfach unklar.

So tritt der Landesbetrieb Straßenwesen an die Städte und Gemeinden mit dem Ansinnen heran, die Zuständigkeit für die Reinigung der Straßenabläufe von Landesstraßen innerhalb geschlossener Ortschaften an die Kommune abgeben zu wollen. Begründet wird dies mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. Juni 2011 (BVerwG 9 B 99.10). Nach unserer Auffassung umfasst jedoch die Abwasserbeseitigungspflicht nach dem Brandenburgischen Wassergesetz nicht die Zuleitung des Straßenoberflächenwassers zu einer Abwasseranlage der Gemeinde oder des Abwasserzweckverbandes. Hinsichtlich der zu den Straßen gehörenden Anlagenteile zur Zuführung des Straßenoberflächenwassers in die gemeindliche Anlage bleibt der Straßenbaulastträger verpflichtet.

Darüber hinaus betreffen die oft noch ungeklärten Fragen die Zulässigkeit und Ausgestaltung von gesonderten Niederschlagswassergebühren und die Kostenbeteiligung des Straßenbaulastträgers an den Abwasseranlagen der Gemeinde oder des Abwasserzweckverbandes.

Insoweit verweisen wir auf folgende Veranstaltungen, bei denen Herr Rechtsanwalt Rainer Kühne als Referent teilnehmen wird:

- Niederschlagswasserbehandlung in der Praxis, Veranstaltung des VKU am 14. Januar 2014 in Berlin und am 12. Februar 2014 in Köln
- Niederschlagswassergebühren und Straßenoberflächenentwässerung, Veranstaltung des VHW am 20. Mai 2014 in Potsdam.

Anmeldungen sind über die Homepage der Veranstalter möglich.

Tiefenbegrenzung im reinen Innenbereich

Die gesetzlichen Regelungen zur Tiefenbegrenzung in einer Satzung unterlagen einem stetigen Wandel. Vor dem 2. Entlastungsgesetz zum KAG war die Rechtsprechung des OVG Frankfurt (Oder) eindeutig:

Rechtsprechung des OVG Frankfurt (Oder)

Grundstücke, welche vollkommen im sog. Innenbereich gemäß § 34 BauGB liegen, waren einer Tiefenbegrenzungsregelung nicht zugänglich. Der Hintergrund schien klar und eindeutig, denn Grundstücke, welche komplett im Innenbereich liegen, haben grundsätzlich insgesamt Baulandqualität. Eine Tiefenbegrenzungsregelung für diese Grundstücke zöge einen verfassungsrechtlichen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG nach sich, da diese unzulässiger Weise im Vergleich zu Grundstücken im Gebiet eines qualifizierten Bebauungsplans privilegiert würden (vgl. OVG Frankfurt (Oder) Urt. vom 23. März 2000, Az. 2 A 226/98). Lediglich in zwei Fällen war eine Tiefenbegrenzung nach den Ausführungen des OVG Frankfurt (Oder) denkbar. Dies war zum einen dann der Fall, wenn ein Grundstück vom Innen- in den sog. Außenbereich gemäß § 35 BauGB übergeht (1. Alternative) oder ein Grundstück im Innenbereich derart tief ist, dass es durch die jeweilige Erschließungsanlage keinerlei erkennbaren Vorteil mehr hat (2. Alternative, vgl. Urteil des OVG Frankfurt (Oder) vom 26. September 2002, Az. 2 D 9/02.NE).

Neufassung im 2. Entlastungsgesetz zum KAG

Nach der Neufassung des § 8 Abs. 6 Satz 6 KAG durch das 2. Entlastungsgesetz zum KAG kann zur vereinfachten Bemessung der wirtschaftlichen Vorteile für Grundstücke im Innenbereich und im Außenbereich eine pauschale Tiefenbegrenzungsregelung vorgesehen werden. Nach dem Wortlaut dieser Regelung wäre daher die Anwendung eines pauschalen Tiefenbegrenzungsmaßes auch für Grundstücke, die insgesamt im Innenbereich liegen, zulässig.

OVG Berlin-Brandenburg zur Tiefenbegrenzung

Nunmehr hat das OVG Berlin-Brandenburg in seiner Entscheidung vom 23. Juli 2013 (vgl. Az. OVG 9 B 64.11) eine Satzungsregelung, die eine pauschale Tiefenbegrenzung für Grundstücke, die innerhalb eines im Zusammenhang bebauten Ortsteils liegen (§ 34 BauGB), unbeanstandet gelassen. Auch wenn sich das OVG Berlin-Brandenburg in der Entscheidung nicht endgültig festgelegt hat, führte es aus, dass sich die Zulässigkeit einer solchen Regelung nach Auffassung des Gerichts nur nach der Neuregelung des § 8

Abs. 6 Satz 6 KAG bemesse und dieser eine derartige Regelung zulässt. Der Ansatz, so das Gericht, Beiträge nach den Vorteilen zu bemessen, beinhaltet mangels eines geeigneten Wirklichkeitsmaßstabes, die Vorteile nach Wahrscheinlichkeitsgesichtspunkten und dabei typisierend bzw. pauschalierend zu erfassen. In der Satzung ein pauschales Tiefenbegrenzungsmaß für Grundstücke im Innenbereich vorzusehen, sei Ausdruck dieser vereinfachten Bemessung des wirtschaftlichen Vorteils. Im Unterschied zu Grundstücken, welche im Bereich eines qualifizierten Bebauungsplans lägen und bei denen eine bauliche Nutzung der Grundstücke regelmäßig mit zunehmender Grundstücksgröße in entsprechend höherem Maße zulässig sei, wie dies etwa durch Grundflächen- und Geschossflächenzahl bestimmt werde, sei eine solche Regelmäßigkeit der Beziehung für nicht (bzw. nicht entsprechend qualifizierte) geplante Gebiete nicht gegeben. Insofern hält das OVG Berlin-Brandenburg seine bisherigen Bedenken im Vergleich zu Grundstücken im Bereich eines qualifizierten Bebauungsplans offensichtlich nicht mehr aufrecht. Vielmehr erachtete es eine Tiefenbegrenzung im reinen Innenbereich als legitimes Mittel einer pauschalen Bemessung der unterschiedlichen bzw. teilweise nicht mehr messbaren Bevorteilung. Statt einer Billigkeitsregelung im Einzelfall könne der Satzungsgeber auch diese Form der Pauschalisierung wählen, so das Gericht.

Berücksichtigung der Tiefenbegrenzungsregelung in der Kalkulation

In dem konkreten Fall war die Tiefenbegrenzungsregelung auch deshalb unbeanstandet geblieben, weil der Verband die eigene Tiefenbegrenzungsregelung bei der Ermittlung der beitragspflichtigen Flächen im Rahmen der Kalkulation unberücksichtigt gelassen hatte. Insofern ergaben sich keine satzungsgefährdenden Auswirkungen. Aufgrund der Einstellung der weit höheren Fläche ergab sich ein niedrigerer Beitragssatz, so dass eine Beschwer des Klägers nicht gegeben war. Zudem ging das Gericht davon aus, dass eine unwirksame Tiefenbegrenzungsregelung, da sie nicht Teil des Mindestbestandteils der Satzung im Sinne des § 2 Abs. 1 KAG ist, die Satzungsregelungen im Übrigen unberührt gelassen hätte.

Bauvertrags- und Vergaberecht

Die HOAI 2013

Die (neue) HOAI 2013 ist am Tag nach ihrer Verkündung in Kraft und die HOAI 2009 gleichzeitig außer Kraft getreten. Die HOAI 2013 ist daher für alle Verträge, die ab dem 17. Juli 2013 geschlossen werden, maßgeblich. Das gilt auch für nicht abgerufene Stufen

bei sog. Stufenverträgen. In der HOAI ist klar definiert, dass sich die anzuwendende Fassung nach dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses richtet, und bei einem Stufenvertrag kommt ein Vertrag über die jeweilige Stufe nicht mit der Ursprungsvereinbarung zustande, sondern mit der Annahme (des Angebots für die jeweilige Stufe) durch den Auftraggeber.

Die Honorare sind im Mittel um ca. 17 % erhöht worden. Aber die HOAI 2013 hat das Leistungsprogramm sowohl bei den Grundleistungen als auch bei den Besonderen Leistungen zum Teil deutlich erweitert. Um das volle Honorar zu erhalten, muss der Planer aber mehr Leistungen als früher erbringen. Zu diesen Leistungserweiterungen in den definierten Leistungsbildern zählen zum Beispiel die Bereiche Termine und Kosten. So finden sich in der HOAI 2013 Leistungen zur Terminplanung zusätzlich in den Leistungsphasen 2, 3, 5 und 6. Im Bereich Kosten sind insbesondere der Vergleich der Kostenschätzung mit den finanziellen Rahmenbedingungen in Lph 2 und das Ermitteln der Kosten auf Grundlage des vom Planer bepreisten Leistungsverzeichnisses in Lph 6 zu nennen. Weitere Neuerungen sind die Ortsbesichtigung in Lph 1, die Koordination von Schnittstellen in den Lph 3, 5, 6 und 7, das Überprüfen von Montageplänen in Lph 5, die Dokumentation des Bauablaufs und die Organisation der Abnahme nebst Empfehlung an den Auftraggeber in Lph 8 sowie die fachliche Bewertung von innerhalb der Verjährungsfrist aufgetretenen Mängeln in Lph 9. Erstmals ist auch eine Honorierung von Änderungsleistungen eingeführt worden und der entfallene Umbauzuschlag ist wieder aufgenommen worden. In der HOAI ist nur ausdrücklich geregelt, dass das Honorar erst fällig wird, wenn die Leistungen abgenommen und eine prüffähige Honorarschlussrechnung überreicht wird. Die Frage der Abnahme dürfte u.E. noch zu vielfältigen Streitigkeiten führen.

Geplante Änderungen der VOB/B

Die Arbeitsgruppe VOB/B des „Hauptausschusses Allgemeines“ des Deutschen Vergabe- und Vertragsausschusses für Bauleistungen (DVA) hat am 20. Juni 2013 eine „Sammlung von Änderungsvorschlägen zu den Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B)“ vorgelegt. Dabei ist die VOB/B 2012 erst letztes Jahr an die Stelle der VOB/B 2009 getreten. An dieser Stelle sollen nur die wesentlichen Änderungsvorschläge dargestellt werden.

Empfehlung zu § 1 VOB/B:

„(1) Durch den Vertrag wird der Auftragnehmer zur Herbeiführung des vereinbarten Erfolgs und der Auftraggeber zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung

verpflichtet. Die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen (VOB/C) sind Bestandteil des Vertrags.“

„(3) Der Auftraggeber ist berechtigt, Änderungen zu Art und Umfang der vertraglich vereinbarten Leistung oder zusätzliche, zur Herbeiführung des vertraglichen Erfolges erforderliche Leistungen zu verlangen, es sei denn, dass der Betrieb des Auftragnehmers auf die Durchführung der angeordneten Leistungen nicht eingerichtet ist. Im Übrigen sind Preisänderungen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zu vereinbaren.“

Empfehlung zu § 2 VOB/B:

Abs. 1 wird als überflüssig gestrichen.

Der neue Abs. 1 (bisher Abs. 2) wird wie folgt gefasst:

„(1) Die Vergütung ist durch Abrechnung der tatsächlich ausgeführten Mengen nach Einheitspreisen zu berechnen, soweit die Vertragsparteien nichts anderes vereinbart haben.“

Der bisherige Absatz 3 wird ein neuer Abs. 2 mit folgenden nur unwesentlich veränderten Ziffern, die hier nicht wiedergegeben werden.

„1. Der vereinbarte Einheitspreis bleibt unverändert, wenn die ausgeführten Mengen bei den einzelnen Leistungspositionen um nicht mehr als 10 Prozentpunkte von den im Vertrag vorgesehenen Mengensätzen abweichen. Bei einer Mengenüberschreitung um mehr als 10 Prozentpunkte ist auf Verlangen einer Vertragspartei für die über 110 Prozentpunkte ausgeführten Mengen ein neuer Einheitspreis entsprechend Abs. 3 S. 3 zu vereinbaren.

2. Bei einer Mengenunterschreitung um mehr als 10 Prozentpunkte ist auf Verlangen einer Vertragspartei für die gesamten ausgeführten Mengen ein neuer Einheitspreis entsprechend Abs. 3 S. 3 zu vereinbaren, soweit der Auftragnehmer nicht durch Erhöhung der Mengen bei anderen Leistungspositionen oder in anderer Weise einen Ausgleich erhält. Die Erhöhung des Einheitspreises soll im Wesentlichen dem Mehrbetrag entsprechen, der sich durch Verteilung der Baustelleneinrichtungs- und Baustellengemeinkosten und der Allgemeinen Geschäftskosten auf die veränderte Menge ergibt. Die Sätze 1 und 2 finden entsprechende Anwendung, wenn sich die Ausführung einer Leistungsposition aus tatsächlichen Gegebenheiten als nicht notwendig erwiesen hat.

3. Sind von einzelnen Leistungspositionen, die unter einem Einheitspreis erfasst sind, andere Leistungen abhängig, für die als Vergütung ein Pauschalpreis vereinbart ist, kann mit der Änderung des Einheitspreises auch eine angemessene Änderung des Pauschalpreises gefordert werden.

4. Ist als Vergütung ein Pauschalpreis vereinbart, wirken sich Mengenänderungen nicht auf die Vergütung aus. Ist ein Festhalten am Pauschalpreis ausnahmsweise unzumutbar, ist auf Verlangen einer Vertragspartei ein neuer Pauschalpreis entsprechend Abs. 3 S. 3 zu vereinbaren. Wenn nichts anderes vereinbart ist, gilt dies auch für Pauschalpreise, die für Teile der Leistung vereinbart sind; Nr. 4 bleibt unberührt.“

Der bisherige § 2 Abs. 4 VOB/B wird wie folgt als Abs. 2 Ziffer 5 neu gefasst:

„5. Werden vertraglich vereinbarte Leistungen des Auftragnehmers vom Auftraggeber selbst oder durch von ihm beauftragte Dritte ausgeführt, gilt § 8 Abs. 1 Nr. 2 VOB/B entsprechend, wenn nichts anderes vereinbart ist.“

Neu ist entsprechend der Regelung in § 1 Abs. 3 VOB/B § 2 Abs. 3, der die bisherigen Abs. 5 und 6 zusammenfassen soll:

„(3) Für die nach § 1 Abs. 3 Satz 1 zu erbringenden und von der vertraglichen Vergütungsabrede bislang nicht umfassten Leistung ist auf Verlangen einer Vertragspartei eine Anpassung der Vergütung zu vereinbaren. Der Auftragnehmer muss dem Auftraggeber den Anspruch auf Vergütung vor Beginn der Ausführung der Leistungen ankündigen, es sei denn, die Interessen des Auftraggebers an der Ankündigung sind nicht schutzwürdig. Bei der Ermittlung der Vergütung ist die Kalkulation der ursprünglich vereinbarten Vergütung unter Berücksichtigung der durch die Leistungsanordnung verursachten Mehr- und Minderkosten fortzuschreiben.“

Der bisherige § 2 Abs. 8 wird durch einen neuen Abs. 5 wie folgt gefasst:

„Bei Leistungen, die der Auftragnehmer ohne Auftrag ausführt, gelten die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 677 ff. BGB und §§ 812 ff. BGB mit der Maßgabe, dass für die Berechnung der Ansprüche Abs. 3 S. 2 entsprechend gilt.“

§ 2 Abs. 9 soll aufgehoben werden, ebenso wie Abs. 10.

§ 3 Abs. 4 Nr. 1 wird empfohlen wie folgt neu zu fassen:

„1. Die in Abs. 5 genannten Unterlagen dürfen ohne Zustimmung ihres Urhebers nicht veröffentlicht, geändert oder für einen anderen als den vereinbarten Zweck vervielfältigt oder benutzt werden.“

In § 4 Abs. 1 Nr. 1 wird empfohlen, folgenden Satz einzufügen:

„Der Auftraggeber hat das Baugrundstück, die bauliche Anlage sowie die vom Auftraggeber zu liefernden Baustoffe und Bauteile so zur Verfügung zu stellen,

dass der Auftragnehmer seine Leistungen vertragsgemäß ausführen kann.“

In § 4 Abs. 1 Nr. 3 wird empfohlen, folgenden Satz einzufügen:

„Der Auftraggeber ist befugt, unter Wahrung der dem Auftragnehmer zustehenden Leitung (Abs. 2) Anordnungen zu treffen, die zur Ausführung der vertraglich vereinbarten Leistung notwendig sind.“

Für § 4 Abs. 8 Nr. 1 S. 4 wird folgender Satz 5 empfohlen:

„Der Auftraggeber hat kein Kündigungsrecht, wenn der Auftragnehmer nur untergeordnete Hilfsarbeiten auf Nachunternehmer übertragen hat.“

§ 5 Abs. 2 soll wie folgt gefasst werden:

„Ist für den Beginn der Ausführung keine Frist vereinbart, so hat der Auftraggeber dem Auftragnehmer auf Verlangen Auskunft über den voraussichtlichen Beginn zu erteilen. Der Auftragnehmer hat innerhalb von 14 Tagen nach Ausführung zu beginnen. Der Beginn der Ausführung ist dem Auftraggeber anzuzeigen. Soweit für die Ausführung keine Vertragsfristen bestehen, bestimmt sich die Pflicht zu angemessener Förderung und Vollendung nach der üblichen Dauer der auszuführenden Leistung unter Berücksichtigung der örtlichen Gegebenheiten.“

§ 5 Abs. 3 soll wie folgt gefasst werden:

„Wenn Arbeitskräfte, Geräte, Gerüste, Stoffe oder Bauteile so unzureichend sind, dass die Vertragsfristen offenbar nicht eingehalten werden können oder Pflichten gem. Abs. 2 S. 4 verletzt werden, muss der Auftragnehmer auf Verlangen unverzüglich Abhilfe schaffen.“

§ 7 Abs. 1 soll wie folgt neu gefasst werden:

„(1) Wird die ganz oder teilweise ausgeführte Leistung vor der Abnahme durch Höhere Gewalt, Krieg und Aufruhr, oder andere objektiv unabwendbare vom Auftragnehmer nicht zu vertretende Umstände oder durch eine vom Auftraggeber nicht zu vertretenden Umstand aus seinem Risikobereich beschädigt oder zerstört, so hat der Auftragnehmer für die ausgeführten Teile der Leistung die Ansprüche nach § 6 V; für andere Schäden besteht keine gegenseitige Ersatzpflicht. Die Haftung wegen Verschulden und die Verantwortlichkeit des Auftraggebers nach Abs. 1 S. 1 bleibt unberührt.“

§ 8 Abs. 1 Nr. 2 soll wie folgt neu gefasst werden:

„Dem Auftragnehmer steht die vereinbarte Vergütung zu. Er muss sich jedoch anrechnen lassen, was er in Folge der Aufhebung des Vertrags an Kosten erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft und seines Betriebs erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt (§ 649 BGB). Es wird vermutet, dass danach dem Auftragnehmer 5% der auf den

noch nicht erbrachten Teil der Leistung entfallen, Vereinbarung zustehen.“

§ 8 Abs. 4 soll wie folgt neu gefasst werden:

„(4) Der Auftragnehmer kann den Auftrag entziehen, wenn der Auftragnehmer aus Anlass der Vergabe eine Abrede getroffen hatte, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt. 2 Die Kündigung ist innerhalb von zwölf Werktagen nach Bekanntwerden des Kündigungsgrundes auszusprechen. 3 III Nrn. 2–4 gilt entsprechend.“

In § 12 soll von 12 Werktagen auf 14 Tage umgestellt werden.

§ 14 Abs. 2 VOB/B soll wie folgt neu gefasst werden:

„(2) Die für die Abrechnung notwendigen Feststellungen sind dem Fortgang der Leistung entsprechend möglichst gemeinsam vorzulegen. Die Abrechnungsbestimmungen in den Technischen Vertragsbedingungen und den anderen Vertragsunterlagen sind zu beachten. Für Leistungen, die bei Weiterführung der Arbeiten nur schwer feststellbar sind, kann der Auftragnehmer die gemeinsame Feststellung verlangen. Er hat dies gegenüber dem Auftraggeber rechtzeitig schriftlich zu beantragen. Nimmt der Auftraggeber eine beantragte gemeinsame Feststellung nicht vor, obwohl ihm der Auftragnehmer hierzu eine angemessene Frist gesetzt hatte, so hat der Auftraggeber nachzuweisen, dass die vom Auftragnehmer getroffenen Feststellungen unzutreffend sind.“

In § 15 soll auf 14 Tage statt 12 Werktagen umgestellt werden.

Und § 15 Abs. 3 Satz 5 soll wie folgt lauten:

„Rechtzeitig eingereichte, aber nicht fristgemäß zurückgegebene Stundenlohnzettel gelten als anerkannt.“

Die Vorlagefrist in § 15 Abs. 4 und Abs. 5 soll auf zwölf Tage geändert werden.

Die Fristen in § 17 sollen insgesamt auf 21 Tage geändert werden – statt bisher 18 Werktagen.

§ 18 Abs. 5 soll wie folgt neu gefasst werden:

„Streitfälle berechtigen den Auftragnehmer grundsätzlich nicht, die Arbeiten einzustellen.“

Wir halten die bisherigen Vorschläge des Hauptausschusses des DAV für sinnvoll und richtig. Es ist aber noch nicht abzusehen, wann diese Vorschläge in die Tat umgesetzt werden.

Keine Vertragsstrafe bei Nichterfüllung einer Ankreuzoption

Viele öffentliche Auftraggeber nutzen die Vergabehandbücher des Bundes (z.B. Vergabe- und Vertrags- handbuch für die Baumaßnahmen des Bundes - VHB 2008). Eine unmittelbare Verpflichtung besteht dazu auf kommunaler Ebene nicht. Allerdings kann die Anwendung dieser erprobten Mittel durchaus empfohlen werden. Klarzustellen ist indes, dass auch die darin enthaltenen Formblätter weder gesetzliche Regelungen noch die VOB aushebeln können.

Von besonderer Bedeutung bei Nutzung der Vergabehandbücher ist die sorgfältige Anwendung der Formblätter zum Beispiel der Nr. 214, der Besonderen Vertragsbedingungen. Das Muster enthält insoweit Ankreuzoptionen, welche zu ergänzen sind. Der Bundesgerichtshof (*Urteil* vom 20.06.2013 - VII ZR 82/12) hat insoweit in einem ähnlichen Zusammenhang wie folgt entschieden: Wenn ein Klauselwerk eine durch Ankreuzen auszuübende Option vorsieht, ob der Verwender einen Vertragsstrafenanspruch gegen seinen Vertragspartner vorsehen will, ist in der Regel keine Vertragsstrafe vereinbart, wenn die Ankreuzoption nicht ausgeübt wird.

Hintergrund des zu Grunde liegenden Rechtsstreites war eine Klage auf Restwerklöhn, gegen den mit einer Vertragsstrafenforderung aufgerechnet worden ist. In Besonderen Vertragsbedingungen war dafür ein vorgesehenes Ankreuzfeld nicht ausgefüllt worden. Ausgefüllt worden war allerdings die Prozentzahl für jeden Tag des Verzuges und der Höchstprozentbetrag von 5 %.

Der BGH will die BVB als Allgemeine Geschäftsbedingungen so auslegen, wie diese von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden. Das verwendete Formular sah eine Erklärung über die Vereinbarung einer Vertragsstrafe vor, die aus zwei wesentlichen Elementen besteht. Es soll nicht nur die Höhe der Vertragsstrafe bestimmt werden, vielmehr soll ein gesondertes Ankreuzfeld mit Kästchen ausgefüllt und damit klargestellt werden, ob die Vertragsstrafe im konkreten Fall auch wirklich vom Parteiwillen getragen ist oder nicht. Dieser Formulargestaltung wird ein Verständnis nicht gerecht, wonach gleichwohl für eine Vertragsstrafe optiert wird, wenn nur deren Höhe bestimmt, aber nicht die vorgesehene Erklärung abgegeben wird, dass überhaupt eine Vertragsstrafe vorgesehen wird.

Trägt also der Verwender Prozentzahlen ein und füllt aber das Ankreuzfeld nicht aus, kann es sich um die bloße Vorbereitung einer etwaigen Vertragsstrafenvereinbarung handeln.

Veranstaltungshinweise und Veröffentlichungen

Herr Rechtsanwalt Rainer Kühne tritt als Referent bei folgenden Veranstaltungen auf:

- **Niederschlagswasserbehandlung in der Praxis,**
Veranstaltung des VKU am 14. Januar 2014 in Berlin und am 12. Februar 2014 in Köln
- **Niederschlagswassergebühren und Straßbenoberflächenentwässerung,**
Veranstaltung des VHW am 20. Mai 2014 in Potsdam.

Herr Rechtsanwalt Jörg Schmidt-Wottrich hat wie bereits im vergangenen Jahr einen Beitrag für den jährlich im Beuth-Verlag herausgegebenen Band „*Mauerwerksbau aktuell - Praxishandbuch für Architekten und Ingenieure*“ verfasst. Der Beitrag zum Thema

**Viel Lärm um den Schallschutz!
Ist die VDI 4100-2012 eine „allgemein anerkannte Regel der Technik?“**

ist in der Ausgabe Mauerwerksbau aktuell 2014 soeben erschienen. Der Beitrag für die Ausgabe 2013 hatte das Thema:

**Keine Gefahren bei der Anwendung des Eurocode 6 ?
Anwenden oder Nichtanwenden, das ist die Frage**

Herr Rechtsanwalt Dr. Andreas Harms referiert bei der Architektenkammer Berlin am 15. Januar 2014 zum Thema **"Architektenforderungen erfolgreich durchsetzen und sichern"**.

Wir bieten zum Thema **„VOB/B für öffentliche Auftraggeber, Vertragsrecht und Vertragspraxis öffentlicher Auftraggeber“** ganztägige Inhouse-Seminare an.

Außerdem bieten wir Kurzschulungen zur Korruptionsprävention in der öffentlichen Verwaltung an.

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 überwiegend 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
RA'in Antje Motz M.B.L.

Kontakt:

Büro Berlin
Kantstraße 31
D-10625 Berlin
Tel: +49.30.20 45 49 30
Fax: +49.30.20 45 49 333
Email: ra@swkh.de