

Die Kommune als Bauherrin

Praxistipps für kommunale Mandatsträger in Entscheidungsgremien, an der Spitze der Verwaltung (insbesondere für Bürgermeister und Landräte) sowie für Mitarbeiter der Bauämter

Verfasser: Reinhard **Böllmann**
Peter **Hofmann**
Johann **Rohrmüller**

Inhaltsübersicht	Seite
1 Einleitung	74
2 Nützliches für Mandatsträger in kommunalen Entscheidungsgremien (z. B. für Gemeinde- bzw. Stadträte)	74
2.1 Warum muss die Kommune ihre Ziele für das Bauvorhaben rechtzeitig kennen?	74
2.2 Was sind Projektziele?	75
2.3 Darf die Gemeinde Angebote von mehreren Planern einholen oder muss sie dies sogar?	76
2.4 Wie funktioniert die Planung?	76
2.4.1 Planungsphasen	76
2.4.2 Was ist bei der Grundlagenermittlung (Phase 1) zu beachten?	76
2.4.3 Was ist bei der Vorplanung (Phase 2) zu beachten?	77
2.4.4 Was gehört zur Entwurfsplanung (Phase 3)?	78
2.4.5 Ist eine Billigung der Vergabebudgets durch das Gremium notwendig?	78
3 Nützliches für kommunale Mandatsträger an der Spitze der Verwaltung (insbesondere für Bürgermeister und Landräte)	78
3.1 Wie wird der Baubedarf im Tiefbau ermittelt?	78
3.2 Wie wird der Baubedarf im Hochbau ermittelt?	79
3.3 Was muss bei Maßnahmen des Hochbaus außer dem Raumprogramm noch geklärt werden?	79
3.4 Was muss bei der Entwurfsplanung aus der Sicht der Kommune beachtet werden?	80
3.5 Muss mit der Entwurfsplanung zugleich eine Kostenaussage durch den Planer gemacht werden?	81

	Seite	
3.6	Welche Rolle spielt die Zeit bei der Projektierung?	81
3.7	Worauf muss die Kommune beim Bauen im Bestand (Altbauten) achten?	81
3.8	Sind die Vertragsleistungen in den Verträgen mit Planern und Baufirmen klar definiert?	82
3.9	Warum soll die Gemeinde nur Planerverträge mit Kostenobergrenze abschließen?	82
3.10	Was ist bei erkennbaren Kostenüberschreitungen zu veranlassen?	82
4	Nützliches für Mitarbeiter der Bauämter	84
4.1	Welche Folgen haben Verstöße gegen das Vergaberecht?	84
4.2	Wie sind die Ausschreibungsunterlagen nach der VOB/A aufgebaut?	85
4.3	Weshalb sollte die Verwaltung vor der Ausschreibung die Vorbemerkungen zu Leistungsbeschreibungen kritisch durchsehen?	86
4.4	Worauf ist bei der Leistungsbeschreibung zu achten?	86
4.5	Wird die VOB/B bei einem Bauvertrag automatisch zum Vertragsbestandteil?	87
4.6	Warum ist die Abnahme für die Bauvertragsabwicklung wichtig?	87
4.7	Darf die Gemeinde vor der Abnahme wegen Mängeln eine Ersatzvornahme auf Kosten der Baufirma vornehmen?	88
4.8	Beim Abnahmetermin werden vor Ort Mängel entdeckt, die wesentliche Mängel zu sein scheinen – was tun?	88
4.9	Bedarf es nach der Abnahme vor einer Ersatzvornahme einer zweiten Nachfristsetzung?	88
4.10	Was ist ein so genannter verdeckter (versteckter) Mangel?	88
4.11	Kann sich die Baufirma weigern, eine von der Gemeinde verlangte Nachtragsleistung auszuführen, wenn die Gemeinde den geforderten Nachtragspreis nicht akzeptiert?	89
4.12	Wie muss eine Rechnung beschaffen sein, damit sie prüfbar ist?	89
4.13	Darf die Objektüberwachung für die Gemeinde das gemeinsame Aufmaß unterzeichnen?	89
4.14	Was hat die Gemeinde sofort zu tun, wenn sie feststellt, dass die bei ihr eingegangene Schlussrechnung nicht prüfbar ist?	90
4.15	Wann verjährt der Vergütungsanspruch der Baufirma beim VOB/B-Vertrag?	90
4.16	Was ist bei der Feststellung der Rechnung zu beachten?	90
4.17	Wie ist die Bauabrechnung zu belegen?	91

1 Einleitung

Der Kommune verbleibt auch dann ihre Verantwortung als Bauherrin, wenn sie sich bei der Durchführung von Baumaßnahmen externer Fachleute bedient. Sie muss zu Beginn des Bauprojekts selbst Ziele verbindlich festlegen, den Beteiligten verbindlich vorgeben und dafür sorgen, dass diese Ziele möglichst auch eingehalten und nicht – wie leider zu häufig – während des Bauprojekts „aus den Augen verloren werden“. Dazu bedarf es bei den Kommunen auf allen Ebenen des tatkräftigen Einsatzes von Menschen, die sich darum kümmern.

Die Aufgabe des „Kümmerns“ ist bei den Kommunen auf mehrere Schultern verteilt:

- Schon zum Projektbeginn sind wichtige Entscheidungen zu treffen. Zum Beispiel das Festlegen der Projektziele anhand des ermittelten Bedarfs, und gegebenenfalls später auch ihre Anpassung an neue Umstände, ist Aufgabe des Gremiums (z. B. Gemeinderat, Stadtrat, Kreistag), des Willensbildungsorgans der Kommune, das hierzu jeweils rechtzeitig die entsprechenden Informationen und Vorschläge (Vorlagen) von der Verwaltung benötigt.
- Die bei der Projektabwicklung gefassten Beschlüsse des hierfür zuständigen Gremiums über die rechtsgeschäftlichen Beauftragungen von Planern und Baufirmen umzusetzen (zu vollziehen) ist Sache der Verwaltung, an deren Spitze und Nahtstelle zum Gremium der erste Bürgermeister bzw. Landrat die Zügel in der Hand hält.

Die nachfolgenden Ausführungen greifen das Thema eines Geschäftsberichtsbeitrags des Vorjahres auf („Bauausgaben der Kommunen – Hilfestellungen für die Praxis aus Prüfungserkenntnissen), legen den Schwerpunkt der Darstellung aber ausdrücklich auf die oben genannten unterschiedlichen Ebenen. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit sollen dabei einige der wichtigsten in Prüfungs- und Beratungspraxis auftretenden Aspekte dargestellt und vor allem für die Praxis nützliche Hinweise gegeben werden.

2 Nützliches für Mandatsträger in kommunalen Entscheidungsgremien (z. B. für Gemeinde- bzw. Stadträte)

In der Praxis werden oft einzelne, für einen geordneten Projektablauf aber zur richtigen Zeit erforderliche Schritte übersprungen bzw. vermengt. In der Folge kommt es dadurch häufig zu Terminverzögerungen und Kostenüberschreitungen.

2.1 Warum muss die Kommune ihre Ziele für das Bauvorhaben rechtzeitig kennen?

Baumaßnahmen zeitlich und finanziell ordentlich zu bewerkstelligen heißt vor allem, sinnvolle Abläufe einzuhalten!

Zunächst muss die Kommune wissen, welchen **Bedarf** sie an Bauleistungen hat. In der Praxis wird leider zu oft ignoriert, dass die Kommune rechtzeitig wissen muss, was sie will. Häufig treten dadurch Änderungsnotwendigkeiten im Planungs- bzw. Bauablauf auf, die gravierende Kosten- und Terminüberschreitungen mit sich bringen können. Auch Planung kostet! Die Kosten der Planung machen sogar einen nicht zu vernachlässigenden Teil der Gesamtkosten bei

einem Bauprojekt aus. Der Begriff der so genannten „Nebenkosten“ verharmlost diesen Kostenfaktor, wenn diese Nebenkosten nicht mit Geldbeträgen ausgewiesen sind. **Änderungen** an genehmigten und erfüllungstauglichen Planungen führen grundsätzlich zu einer erheblichen Honorarbelastung der Kommune. Dies heißt bildlich gesprochen, dass nicht nur die eigentlichen Baukosten, also die Summe der an die Baufirmen zu bezahlenden werkvertraglichen Vergütungen, sondern auch die Honorare der Planer (Architekten und Bauingenieure) als Teil der so genannten Nebenkosten „explodieren“ können.

2.2 Was sind Projektziele?

Bei Bauprojekten werden die bei Projektbeginn zu ermittelnden **Projektziele** herkömmlich mittels der nachfolgend genannten vier Stichwörter erfasst:

- Umfang (Quantität),
- Standard (Qualität),
- Zeit (Zeit für Planung und Bauen) sowie
- Kosten (Gesamtbaukosten und Nutzungskosten).

Ändert das Gremium eine dieser Zielvorgaben, hat dies immer Folgen auch für die anderen Ziele.

Bei der Information für das kommunale Gremium muss die Verwaltung selbst Initiative ergreifen und die für das Gremium nötige Informationsbasis schaffen.

Checkliste für die Verwaltung zur Information des Gremiums:

- a) Weiß die Gemeinde (Gemeinderat, Verwaltung) schon was sie will (welchen Bedarf hat die Gemeinde)?

Bei Hochbaumaßnahmen (z. B. Bau eines Kindergartens) stehen der Umfang der Nutzfläche und der Ausstattungsstandard der Räume an erster Stelle. Bei Tiefbaumaßnahmen (z. B. Bau einer Kläranlage) kommt es insbesondere auf die nötige Ausbaugröße an.

- b) Welches Grundstück steht zur Verfügung und kommt es für die vorgesehene Bebauung überhaupt in Betracht?

Im Vorfeld sind selbstverständlich die Eigentumsverhältnisse, die Verfügbarkeit bzw. die planungsrechtliche (siehe insbesondere §§ 30, 34 und 35 BauGB) und gegebenenfalls technische (bodenmechanische) Bebaubarkeit zu prüfen.

- c) Wie viel Geld steht der Gemeinde für die Baumaßnahme insgesamt zur Verfügung?

Hier sind der Rahmen für die Gesamtkosten des Bauprojekts, die Fördermöglichkeiten durch Dritte und auch die terminliche Verfügbarkeit der finanziellen Mittel (Mittelabruf) wichtig. Eine Verwaltung mit Bauernfahrung stellt sich diese Vorfragen von sich aus.

2.3 Darf die Gemeinde Angebote von mehreren Planern einholen oder muss sie dies sogar?

Erreicht oder überschreitet das voraussichtliche Nettohonorar für die zu vergebende Planungsaufgabe den EU-Schwellenwert (aktuell: 200.000 €)¹, ist zwingend ein EU-weites Vergabeverfahren nach der Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) durchzuführen. Soweit ein VOF-Verfahren nicht durchgeführt werden muss, ist zu beachten, dass die Gemeinde einerseits bevorzugt Büros zur Angebotsabgabe einladen soll, die durch gute Leistungen bislang überzeugt haben, andererseits sich die Gemeinde aber von diesen Büros in keinem Fall auf Dauer abhängig machen darf. Im Übrigen sollten geeignete Aufträge ohnehin an verschiedene Büros gestreut werden, um auch anderen, insbesondere neuen Büros die Chance zur Bewährung zu geben. Grundsätzlich sollten mehrere Angebote eingeholt werden, wie auch bei anderen Vergaben.

2.4 Wie funktioniert die Planung?

2.4.1 Planungsphasen

In der Praxis wird der Planungsablauf meist in 9 Leistungsphasen eingeteilt. Auch die HOAI macht sich diese Sichtweise der Praxis zu Nutze und greift die Aufteilung in diese 9 Leistungsphasen auf (siehe z. B. § 3 Abs. 4 HOAI). Die Leistungsbilder gliedern sich grundsätzlich in die folgenden Leistungsphasen 1 bis 9:

- 1 Grundlagenermittlung,
- 2 Vorplanung,
- 3 Entwurfsplanung,
- 4 Genehmigungsplanung,
- 5 Ausführungsplanung,
- 6 Vorbereitung der Vergabe,
- 7 Mitwirkung bei der Vergabe,
- 8 Objektüberwachung (Bauüberwachung oder Bauoberleitung) und
- 9 Objektbetreuung und Dokumentation.

Die eigentliche Planung findet in den Leistungsphasen 2 bis 5 statt, wobei zu beachten ist, dass die Genehmigungsplanung (Phase 4) im Wesentlichen nur noch die redaktionelle Aufbereitung von bereits in der Entwurfsplanung gefundenen Planungsergebnissen für das Baugenehmigungsverfahren darstellt.

2.4.2 Was ist bei der Grundlagenermittlung (Phase 1) zu beachten?

Die Grundlagenermittlung wird von Gemeinden häufig stiefmütterlich behandelt. In ihr finden noch keine Planungen statt, aber wichtige Abstimmungen zu den so genannten W-Fragen (Was? Wo? Wie viel?). Ohne die Grundlagen für die Planungsaufgabe zu klären, kann die Planungsaufgabe nicht erfüllt werden. Die Grundlagen sind zusammenfassend darzustellen. Bei Bestandsbauten ist die frühzeitige Bestandsaufnahme (Besondere Leistung) von besonders

¹ Die Schwellenwerte für die Auftragsvergaben wurden von der Europäischen Kommission neu festgelegt (siehe Verordnung [EU] Nr. 1251/2011 der Kommission vom 30.11.2011). Die Umsetzung in das nationale Recht erfolgte zum 22.03.2012 durch eine Änderung der Vergabeverordnung (BGBl I S. 488).

großer Bedeutung. Baukundige Verwaltungen erbringen diese Leistungsphase oft selbst und beauftragen deshalb die Planer erst mit den Leistungen ab der Vorplanung.

2.4.3 Was ist bei der Vorplanung (Phase 2) zu beachten?

Achtung: Der Begriff der Vorplanung wird in der Praxis oft missverstanden.

Die „Vor“-Planung ist keineswegs eine nur „vorläufige“ Planung.

Es wäre besser, diese Leistungsphase als „**Konzeptplanung**“ zu bezeichnen. Sie enthält nämlich den wichtigsten Schritt der Planung, bei dem – zusammen mit den Fachplanern – ein insgesamt funktionierendes Konzept erarbeitet wird, welches auch Entwurfsidee genannt wird (Idee für den Entwurf!). Diese Entwurfsidee wird bei der nachfolgenden Entwurfsplanung umgesetzt.

Aufgabe z. B. des Architekten bei der Gebäudeplanung ist es typischerweise, aus einer Auflistung von Angaben zum Bedarf der Gemeinde ein Bauwerk als Baukörper zu formen, das nicht nur ein angemessenes Äußeres (Baukörper, Fassade) aufweist, sondern vor allem auch ein durchdachtes Raumgefüge in seinem Inneren hat.

Die Gemeinde (Gemeinderat) sollte unbedingt beachten, dass sie als Bauherrin bei der Vorplanung nicht erst am Ende der Vorplanung mit einer fertigen Entwurfsidee (Konzept) konfrontiert wird. Sie soll vielmehr aktiv **Varianten** fordern und sich Vor- und Nachteile dieser Varianten auch in Bezug auf Kosten und Bauzeit frühzeitig erläutern lassen. Nicht umsonst sieht das gesetzliche Preisrecht der HOAI diese Variantenüberlegungen (bei grundsätzlich gleicher Aufgabenstellung) als im Normalfall zu erbringende Leistungen (früher Grundleistung genannt) vor, für welche Preisregelungen getroffen werden.

Zur Vorplanung gehört selbstverständlich auch eine **Kostenschätzung**. Obwohl die Vorplanung in der Regel nur aus Strichskizzen besteht, was durchaus in Ordnung ist, kann aus ihnen ungefähr erkannt werden, welchen Standard und welche Materialien das Gebäude anhand des darin enthaltenen Konzepts hat.

Mit dieser Vorplanung kann z. B. die Anordnung der Räume und Flure, die Lage und die Form des Baukörpers, gegebenenfalls die Gestaltung einzelner repräsentativer Fassaden etc. bereits gut erkannt werden. Ein erhebliches Kostenrisiko birgt die Vorplanung, wenn sich die Gemeinde auf eine Entwurfsidee (Konzept) einlässt, welche den von ihr vorgesehenen Kostenrahmen bzw. die im Planervertrag vorgesehene Kostenobergrenze bei überschlägiger Betrachtung anhand von anerkannten Schätzmethode(n) (mittels Kubatur, Flächen anhand von statistischen Kennwerten, wie z. B. veröffentlicht im BKI [Baukostenindex, herausgegeben von den Deutschen Architektenkammern]) bereits überschreitet.

2.4.4 Was gehört zur Entwurfsplanung (Phase 3)?

Die Entwurfsplanung ist die Phase, in der vom Planer eine endgültige und vollständige Lösung der Planungsaufgabe gefunden werden muss.

Achtung: In der Praxis wird meist verkannt, dass der Entwurf nichts „Geworfenes“, nichts „Unausgegorenes“, ist. Der Entwurf darf die wichtigen Fragestellungen nicht offen lassen, sondern muss diese klären!

Mit dem fertig gestellten Entwurf muss das in der Vorplanung gefundene Konzept, d. h. die dort gefundene Entwurfsidee, vollständig inklusive aller notwendigen Abstimmungen, auch mit den Leistungen der Fachplaner, durchgearbeitet sein. Im Ergebnis muss die Entwurfsplanung durch den Entwurf und die dazugehörige Kostenberechnung in dieser Form – wie bei einem Staffellauf – einem anderen Planer gegeben werden können, der damit eine gegebenenfalls nötige Baugenehmigung für die Gemeinde einholen kann. Ebenso muss mit dem vollständig vorliegenden Entwurf ein anderer Planer in die Lage versetzt werden können, darauf aufbauend eine Ausführungsplanung zu erstellen.

2.4.5 Ist eine Billigung der Vergabebudgets durch das Gremium notwendig?

Ja! Notwendig ist, dass das Gremium schon vor der Ausschreibung über die Eckdaten der Vergabeunterlagen und das Vergabebudget entscheidet.

3 Nützliches für kommunale Mandatsträger an der Spitze der Verwaltung (insbesondere für Bürgermeister und Landräte)

3.1 Wie wird der Baubedarf im Tiefbau ermittelt?

Bei Baumaßnahmen des kommunalen Tiefbaus handelt es sich im Wesentlichen um Anlagen der Abwasserentsorgung, der Wasserversorgung sowie um Verkehrsanlagen mit dazugehörigen Ingenieurbauwerken. Anlass für Maßnahmen des Tief- bzw. Ingenieurbaus sind beispielsweise Kanalüberlastungen, der Ablauf einer zeitlich begrenzten wasserrechtlichen Erlaubnis oder die Ausweisung neuer Baugebiete.

Bei Maßnahmen im Bestand ist es erforderlich, den Istzustand festzustellen. Dies geschieht mittels Untersuchungen bzw. Messungen (mit denen z. B. Abwassermengen, Abwasserfrachten, Wasserverbrauch festgestellt werden) oder mittels Verkehrszählungen. Einen wichtigen und nicht zu unterschätzenden Beitrag kann bei der Ermittlung des Istzustands das eigene Betriebs- bzw. Bauhofpersonal leisten, das die Anlagen und Einrichtungen wohl ohnehin am besten kennt.

Der Bedarf für die Zukunft (Prognosezustand) ergibt sich aus der Belastung des Istzustands einschließlich sachgerecht abgeschätzter Reserven unter Hinzurechnung der Notwendigkeiten aus zwischenzeitlich eingetretenen Anforderungen bzw. zu erwartenden künftigen Anforderun-

gen. Insbesondere bei Verkehrsanlagen kann es vor der Vergabe des eigentlichen Planungsauftrags sinnvoll sein, externe Gutachten zur Bedarfsermittlung in Auftrag zu geben.

3.2 Wie wird der Baubedarf im Hochbau ermittelt?

Im Hochbau werden Räume geschaffen. Der Raumbedarf wird als so genanntes Raumprogramm angegeben, d. h. als eine detaillierte Auflistung der benötigten Räume mit Raumnutzung und Größe.

In der Regel werden nur die Hauptnutzflächen festgelegt (z. B. Klassenzimmer, Büroräume). Hinzu kommt noch der Bedarf an Nebennutzflächen (z. B. Sanitärräume, Putzräume). Zudem kommt noch der Bedarf an Verkehrsflächen (Flure, Treppen, Lifte), an technischen Funktionsflächen (z. B. Heizungsräume) und an Konstruktionsgrundflächen (z. B. Raumbedarf der Wände). Der genaue Umfang dieser Flächen kann stark variieren. Dies hängt sehr stark von der Entwurfsidee der Planung ab. Mitunter nehmen Verkehrsflächen im späteren Entwurf die Ausmaße von „Hallen“ an. Die Gemeinde (Gemeinderat) muss sich von Anfang an gründlich überlegen, ob sie dies als mehr oder weniger „Platzverschwendung“ ansieht oder als ausdrücklich gewünschtes und im Rahmen der Überlegungen zur Wirtschaftlichkeit gewürdigtes Gestaltungselement. Eine wichtige Messzahl ist in diesem Zusammenhang die Kompaktheit, d. h. das Verhältnis von Nutzfläche und Volumen. Auch das Verhältnis von Hauptnutzflächen und Verkehrsflächen hat eine wichtige Aussagekraft. Einschlägige Baukostenhandbücher (z. B. der BKI) enthalten hierzu anerkannte Kennwerte. (Eine erfahrene Bauverwaltung hat Zugriff auf solche Daten.)

Der Gemeinderat sollte sich rechtzeitig eine Meinung bilden, welchen Standard er mit dem Bauvorhaben realisiert haben will und diesen festlegen. Dieser festgelegte Standard wäre dann auch zur verbindlichen Grundlage der Planung und der vertraglichen Vereinbarungen zu machen.

Die Anforderungen der konkret beabsichtigten Nutzung sind selbstverständlich rechtzeitig bei den Beteiligten (Nutzern, z. B. Schulleitung, Hausmeister) abzufragen. Falls die Nutzer noch nicht zur Verfügung stehen, z. B. bei einer neu zu errichtenden Schule, sollten entsprechende Berater aus schon bestehenden Einrichtungen beigezogen werden.

Gegebenenfalls muss bei komplizierten Nutzungen und schwierigen Baumaßnahmen (z. B. im Krankenhausbau) ein **Raumbuch** aufgestellt werden. Dieses enthält dann **für jeden einzelnen Raum** entsprechende detaillierte Angaben. Wenn dies nötig ist, sollte dieses Raumbuch beim Planer beauftragt und über eine angemessene Honorarvereinbarung als Besondere Leistung honoriert werden. Achtung: Eine Preisbindung durch die HOAI besteht für diesen Honorarteil nicht.

3.3 Was muss bei Maßnahmen des Hochbaus außer dem Raumprogramm noch geklärt werden?

Zu den Anforderungen an den Standard (Qualität) gehören noch die innere Erschließung, die technische Versorgung und Einflüsse aus der Umgebung. Die innere Erschließung ist z. B. davon abhängig, in welchen Räumen Publikumsverkehr stattfindet, welche Räume abgeschottet werden müssen (z. B. EDV-Räume) oder welche Räume nah am Eingang liegen sollen. In Bezug auf die innere Erschließung ist z. B. zu berücksichtigen, welche Räume zweck-

mäßigerweise hinter einer so genannten Sauberlaufzone angesiedelt werden, welche Raumnutzung gegebenenfalls sogar einen eigenen Zugang (und mit welchen Anforderungen) bzw. eine Anlieferzone benötigt. Weiterhin ist für die innere Erschließung vorweg zu klären, welche Räume auf demselben Flur oder unmittelbar hintereinander liegen müssen. Dies alles sind so genannte Zwangspunkte, die bei der inneren Erschließung für die Praktikabilität bei der Nutzung des Bauvorhabens entscheidende Bedeutung haben und von einer fachkundigen Bauverwaltung geklärt werden sollten, spätestens jedenfalls vom Planer bei der Grundlagenermittlung.

3.4 Was muss bei der Entwurfsplanung aus der Sicht der Kommune beachtet werden?

Die Entwurfsplanung enthält Aussagen über das gesamte Erscheinungsbild, die Materialien und Dimensionen (Maße) des Bauwerks, dargestellt in einem Plansatz mit allen Grundrissen und wesentlichen Schnitten (üblicherweise im Hochbau im Maßstab 1 : 100). Dies heißt, dass mit dem vollständig vorliegenden Entwurf bereits alle wesentlichen Maße vorliegen.

Wenn ein Planer einen Entwurf nur soweit durchgearbeitet vorlegt, dass auf dieser Planungsgrundlage zwar eine Baugenehmigung erteilt werden kann, andere, die Bauordnungsbehörden nicht interessierende Planungen aber noch offen sind, entspricht dies nicht der vertraglichen Leistung. Denn die Baugenehmigungsbehörden interessiert vieles nicht, was originäre Bauherrenbelange sind. Insbesondere sind die Funktionalitäten für den Nutzer und die Kosteneinhaltung keine Angelegenheit des öffentlich-rechtlichen Baurechts.

Ob ein Entwurf im Sinne des Planervertrags erfüllungstauglich ist oder nicht, entscheidet insoweit nicht die Baugenehmigungsbehörde, sondern in wesentlichen Belangen die Gemeinde als Bauherrin anhand der vertraglichen Planungsaufgabe. Werden in einem Baugenehmigungsverfahren Auflagen gemacht, die z. B. dadurch bedingt sind, dass der Planer zwingende gesetzliche Vorgaben mit der Baueingabe (Bauvorlagen, bautechnische Nachweise) nicht einhält (z. B. zweiter Fluchtweg fehlt oder Brandabschnitte wurden nicht ausreichend berücksichtigt), hat der Entwurfsersteller schlichtweg seine Aufgabe nicht erfüllt.

Die Entwurfsplanung muss am Ende der Leistungsphase 3 bereits genehmigungsfähig sein. Beinhaltet das Konzept bzw. die Entwurfsidee Schwierigkeiten bauordnungsrechtlicher Art, z. B. durch Abweichungen von Regelbauweisen (siehe Brandabschnitte etc.), sind die notwendigen (bauordnungsrechtlich zulässigen und sinnvollen) Kompensationen planerisch bereits in der Vorplanung bzw. bei der Entwurfsplanung zu berücksichtigen. Selbstverständlich müssen auch die geschuldeten Kostenermittlungen des Planers, wie z. B. die Kostenschätzung und die Kostenberechnung, die aus den Schwierigkeiten der Entwurfsidee resultierenden Kosteninformationen bereits enthalten und der Gemeinde (Gemeinderat!) als zuverlässige Informationsquelle dienen können.

3.5 Muss mit der Entwurfsplanung zugleich eine Kostenaussage durch den Planer gemacht werden?

Ja! Zur Entwurfsplanung gehört unabdingbar auch die Kostenberechnung nach DIN 276.

Achtung: Eine Entwurfsplanung ohne Kostenberechnung ist nicht erfüllungstauglich und zur Billigung für das Gremium nicht geeignet.

Die Kostenberechnung muss einen so genannten Erläuterungsbericht, in dem z. B. Standardaussagen über Materialien und gegebenenfalls auch verschiedene „Preisklassen“ für unterschiedliche Raumtypen festgelegt werden, enthalten. Dieser Erläuterungsbericht fehlt häufig!

3.6 Welche Rolle spielt die Zeit bei der Projektierung?

Nicht nur das Bauen selbst, auch die Planung benötigt Zeit!

Hat die Gemeinde eine Bauverwaltung, sollte von dieser vor der Beauftragung von Planern ein so genannter „**Meilensteinplan**“ aufgestellt werden, in dem die wichtigsten Eckdaten – wie z. B. die Fertigstellung des mit der Kommune abzustimmenden Konzepts, Fertigstellung des vollständigen Entwurfs, Einreichung des Bauantrags, Baubeginn, Bauabnahmen und Übergabe an den Nutzer – aufgeführt sind.

Bei den Zeiträumen für die Planungsvorgänge und Genehmigungsabläufe (z. B. Bau- und Förderantrag) müssen – nicht zu geringe – Pufferzeiten angesetzt werden. Unrealistische Zeitabläufe im Meilensteinplan (häufig anzutreffen: Die Möglichkeit späterer zusätzlicher Anforderungen aus der Prüfstatik wird ignoriert) führen im Ergebnis zu unausgegorenen Planungen und Ausschreibungen, mit dem zwangsläufigen Risiko von Bauablaufstörungen und damit verbundenen Mehrkosten.

Hat die Gemeinde keine Bauverwaltung, müssen diese Fragen in der Grundlagenermittlung durch den Planer abgestimmt und abgearbeitet werden.

3.7 Worauf muss die Kommune beim Bauen im Bestand (Altbauten) achten?

Bei Altbauten muss sich die Gemeinde zunächst mit dem Bestand vertraut machen. Immer ist beim Bauen im Bestand die tragende Konstruktion zu klären. Die Fragestellungen sind hierbei unter anderem, wie die tragenden Wände (gegebenenfalls mittels Materialuntersuchungen) beschaffen sind, welche Dimensionierungen sie haben und in welchem Erhaltungszustand sie sind. Das tragende System des Bestandsbaus ist in seiner Gesamtheit hinsichtlich der Verwendungsfähigkeit für die vorgesehenen Belastungen bzw. Nutzungen zu hinterfragen. Sehr wichtig ist z. B., Verkleidungen zu öffnen und sich nicht davor zu scheuen, abgehängte Decken, Fehlböden bei Holzbalkendecken und Fußbodenaufbauten (stichprobenartig) zu untersuchen. Dies gilt sogar und insbesondere, wenn das Gebäude noch in Betrieb ist. Kann dies nicht erfolgen, etwa weil der Betrieb aus nachvollziehbar unabweisbaren Gründen nicht unterbrochen werden kann oder darf, helfen eventuell technische Hilfsmittel wie z. B. die Endoskopie. Im übertragenen Sinne kann auch ein Bauvorhaben „auf Herz und Nieren“ überprüft werden.

3.8 Sind die Vertragsleistungen in den Verträgen mit Planern und Baufirmen klar definiert?

Der Architektenvertrag besteht aus wenigstens zwei Leistungsversprechen; der Planer verspricht die Leistung, die Gemeinde verspricht das Honorar. Die meisten Vertragsangebote von Architekten enthalten jedoch nur Honorarregelungen und lassen Vereinbarungen zur Leistung offen. Bei Gemeinden herrscht oft noch das Verständnis vor, dass sich die Leistung des Architekten ohnehin aus der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) ergebe. Diese Ansicht ist falsch. Die HOAI ist nur gesetzliches Preisrecht und schreibt gerade nicht vor, was der Planer an Leistung zu erbringen hat. Die Gemeinde muss sich selbst darum kümmern, dass auch ihre Interessen mittels ausreichender Beschreibung der Planungsaufgabe und der Rahmenbedingungen, die auch in Bezug auf die Kosten verbindlich sein sollen, Teil der Vereinbarung werden. Notwendig sind dazu, so weit wie möglich, präzise Angaben. Es reicht nicht, wenn z. B. in einem Ingenieurvertrag steht: „Leistungen für die Entwässerungsanlagen der Gemeinde X“. Dann sind Umfang und Inhalt der Beauftragung völlig ungewiss. Sofern ausdrücklich Zwischenschritte erforderlich sind, die z. B. auch Qualitätsanforderungen beinhalten, sind diese konkret zu vereinbaren (z. B. das konkrete Dateiformat von Computerdateien). Darüber hinaus sind mündliche, in den Verhandlungen gegebene Leistungsversprechen zu präzisieren und im Angebot schriftlich festzuschreiben.

3.9 Warum soll die Gemeinde nur Planerverträge mit Kostenobergrenze abschließen?

Mit einer vertraglichen Kostenobergrenze wird der Maßstab für die Erfüllungstauglichkeit der Planung festgelegt. Diese Beschaffenheitsvereinbarung ermöglicht von Anfang an Kostendisziplin bei der Planung, worauf die dem Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit verpflichtete Gemeinde großen Wert legen muss. Will ein Planer die wirtschaftlichen Vorgaben für seine Planungsleistungen nicht zum Teil seiner vertraglichen Pflichten machen, muss die Gemeinde im Zweifel davon ausgehen, dass er nicht gewillt oder nicht in der Lage ist, die entsprechenden wirtschaftlichen Vorgaben einzuhalten.

3.10 Was ist bei erkennbaren Kostenüberschreitungen zu veranlassen?

a) Checkliste als Basis für die Information in Sitzungsvorlagen für das Gremium:

(1) In einem ersten Schritt ist anhand der Beschlusslage aufzuklären, welcher Planungsstand mit welchen Kosteninformationen gebilligt wurde. Gegebenenfalls können sich Billigungen konkludent aus Beschlüssen des Gemeinderats ergeben, etwa wenn zusätzliche Planungen gefordert wurden (meist ohne ausreichende Kosteninformation).

Achtung: Kostenüberschreitungen – dies sind Mehrkosten gegenüber den vom Gemeinderat gebilligten Kosten.

(2) Ursachen für Kostenüberschreitungen können vielfältig sein. Wichtige Anhaltspunkte für eine Überprüfung sind die jeweiligen Kostenermittlungen. Es wäre zu fragen, ob die Kostenschätzung, die Kostenberechnung und der Kostenanschlag jeweils für sich genommen dem

Stand der Planung entsprachen und diese sachgerecht aufgestellt wurden. Grundlage all dieser Überlegungen müssen die vertraglichen Vereinbarungen sein.

(3) Ergeben sich Unklarheiten daraus, etwa weil die vertraglichen Vereinbarungen mit den Planern und den Baufirmen nicht so durchgeführt wurden, wie sich dies nach den Bauakten ergibt, müssen die Veränderungen und Entwicklungen nachvollzogen werden.

Hat z. B. die Bauverwaltung Änderungen des Planungskonzepts beim Planer beauftragt, stellt sich zunächst die Frage der Wirksamkeit eines solchen Vorgehens, da für die Willensbildung in der Gemeinde grundsätzlich der Gemeinderat zuständig ist. Nimmt jedoch der Gemeinderat später die geänderten Planungsergebnisse (mehr oder weniger „zähneknirschend“) billigend zur Kenntnis, kann darin die konkludente Zustimmung zu der Planungsänderung liegen. Dies ist jeweils im Einzelfall zu prüfen.

b) In jedem Fall muss der Gemeinderat die Möglichkeit haben, **zeitnah** steuernd einzugreifen.

Zeitnahe und überzeugende Argumentationen für das maßgebliche Entscheidungsgremium der Kommune sind das A & O bei der Abwicklung von Baumaßnahmen durch Kommunen.
Die Sitzungsvorlagen für das Gremium müssen bereits Lösungsvorschläge enthalten.

Dies heißt, dass die Verwaltung dem Gemeinderat die notwendigen Informationen unverzüglich bereitstellt, damit dessen Maßnahmen noch wirksam werden können. Die Verwaltung verfehlt ihre Aufgabe, wenn der Gemeinderat erst dann informiert wird, wenn dieser keine entsprechende Handlungsmöglichkeit mehr hat, mithin vor vollendete Tatsachen gestellt wird.

Die Notwendigkeit, Entscheidung des Gremiums herbeiführen zu müssen, ist kein Zeichen von Schwäche!

Die Notwendigkeit zur Herbeiführung von Entscheidungen durch das Gremium muss als objektiv erforderliche normale Maßnahme angesehen werden können. Diese Notwendigkeit beruht in vielen Fällen nicht auf Fehlinformationen aus früherer Zeit oder auf Leistungsstörungen der externen Planer. Auch Marktpreisentwicklungen oder die Einschränkung von Fördermöglichkeiten etc. können eine Anpassung der Ziele und Handlungsweisen bei einem Bauprojekt erforderlich machen.

Letztlich müssen dieselben Überlegungen angestellt werden, welche bei Beginn des Projekts angestellt wurden. Die „Gretchenfrage“ dabei lautet jeweils, wie viel es der Kommune wert ist, mit dem nunmehr notwendigen Einsatz an finanziellen Ressourcen das angestrebte Ziel zu erreichen.

Sind schon Werkverträge mit den Baufirmen geschlossen, muss das Gremium wissen und ihm von der Verwaltung dargelegt werden, welche finanziellen Folgen z. B. eine Teilkündigung oder Kündigung des Bauauftrags hat (vgl. § 8 Abs. 1 VOB/B bzw. § 649 Satz 2 BGB). Wird ein Bauvorhaben vorübergehend gestoppt, weil beispielsweise Umplanungen unvermeidlich sind, versäumen Kommunalverwaltungen oft, die entsprechende Information an das Gremium zu geben, sodass gegebenenfalls erhebliche Stillstandskosten und Honorarmehrkosten entstehen, ohne dass das Gremium dies bei der Beschlussfassung berücksichtigen konnte.

Zu beachten ist, dass Einsparungsmaßnahmen durch Planungsänderungen (Verkleinerung und/oder Standardreduzierung) je nach Projektstand (Planungs- und Bautenstand) nicht immer zu den angestrebten Kostenreduzierungen führen, sondern gegebenenfalls sogar zu Kostenerhöhungen (siehe Planungs- bzw. Baukosten). Dies rührt daher, dass Eingriffe in Planungs- oder Bauabläufe immer kostenrelevant sein können (bzw. der Erfahrung nach auch sind) und die zusätzlich notwendigen planerischen und baulichen Leistungen bezahlt werden müssen. Darüber sollte das Gremium unbedingt informiert werden.

4 Nützliches für Mitarbeiter der Bauämter

4.1 Welche Folgen haben Verstöße gegen das Vergaberecht?

Die Folgen von Verstößen gegen das Vergaberecht richten sich danach, ob der Auftragswert den EU-Schwellenwert erreicht oder nicht, weiterhin, ob die Maßnahme gefördert wird.

- a) Bei geförderten Baumaßnahmen wird in der Regel die Einhaltung des Vergaberechts im Zuwendungsbescheid oder den beigefügten Förderbestimmungen (Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung an kommunale Körperschaften – ANBest-K) gefordert. Bei schweren Verstößen gegen das Vergaberecht besteht das Risiko von Zuwendungskürzungen oder Zuwendungsrückforderungen (Richtlinien zur Rückforderung von Zuwendungen bei schweren Vergabeverstößen vom 23.11.2006 – AIIMBI S. 709).
- b) Ab einer Auftragssumme, welche den EU-Schwellenwert erreicht oder übersteigt, führt eine unterlassene Ausschreibung oder das Unterlassen fristgerechter Absageschreiben zur Unwirksamkeit des erteilten Auftrags (§ 101 b GWB²). Innerhalb von sechs Monaten nach der Auftragserteilung können interessierte Bewerber die Feststellung des Verstoßes durch eine Vergabekammer beantragen und sogar die Rückabwicklung des Auftrags sowie eine Neuausschreibung verlangen. Im Übrigen können Bieter und Bewerber innerhalb des gesetzlichen Rahmens von § 107 GWB durch unverzügliche Rüge eine Nachprüfung des Verfahrens beantragen. Diese Nachprüfung kann zu erheblichen Problemen wegen verspäteter Zuschlagserteilung führen und die Gemeinde viel Geld kosten. Dies gilt selbst dann, wenn sich dabei herausstellt, dass das Verfahren von der Gemeinde ordnungsgemäß durchgeführt wurde.
- c) Bei Aufträgen, deren Auftragssumme unter dem EU-Schwellenwert liegt, gibt es derzeit noch keinen formalisierten „Bieterrechtsschutz“ (die Rechtsentwicklung ist aber im Gange). Interessierte Firmen können aber die VOB-Stelle bei der zuständigen Regierung anrufen. Sie wird im Rahmen der Rechtsaufsicht tätig und kann in diesem Rahmen Anweisungen erteilen und die Korrektur von Verfahrensfehlern fordern.
- d) Unabhängig von c) haben die Bieter einen Vertrauensschutz auf Einhaltung der VOB/A, wenn die Gemeinde nach VOB/A ausschreibt oder den Anschein einer VOB/A-Ausschreibung erweckt.

² Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Verstöße gegen die VOB/A können dann zur Schadensersatzpflicht der Gemeinde führen. Bekommt z. B. aufgrund eines Fehlers bei der Angebotswertung nicht der richtige Bieter den Auftrag, kann der zu Unrecht übergangene Bieter Schadensersatz in Höhe des positiven Interesses (vereinfacht: des entgangenen Gewinns) fordern. Hat die Gemeinde ausgeschrieben, obwohl die Voraussetzungen dafür nicht vorlagen, und muss sie dann die Ausschreibung aufheben, kann der aussichtsreichste Bieter Schadensersatz in Höhe der vergeblichen Aufwendungen verlangen (sog. negatives Interesse).

4.2 Wie sind die Ausschreibungsunterlagen nach der VOB/A aufgebaut?

In der Praxis ist öfters zu hören: „Das Ingenieurbüro macht das Leistungsverzeichnis und die Gemeindeverwaltung heftet die Formblätter dazu.“ Eine solche Aussage wird der wichtigen Bedeutung der gesamten einzureichenden Ausschreibungsunterlagen nicht gerecht. Bei den Formblättern handelt es sich um wichtige Vertragsunterlagen, auch wenn diese standardisiert z. B. im staatlichen Vergabehandbuch bereitstehen. Das Zusammenstellen der Ausschreibungsunterlagen sollte nicht als belanglose Routinetätigkeit abgetan werden.

Auch sollte sich die Verwaltung mit dem Inhalt der „Formblätter“ vertraut machen und wissen, was an welcher Stelle der Unterlagen schon vorgegeben und geregelt ist oder noch individuell geregelt werden muss. Kernbestandteil der Vertragsunterlagen ist die Leistungsbeschreibung mit dem in Positionen gegliederten Leistungsverzeichnis (LV), in das die Bieter ihre Einheitspreise eintragen müssen.

Dazu kommen weitere wichtige Vertragsbedingungen mit Regelungen, z. B. über Termine und Fristen, Verantwortlichkeiten, Haftung und Gewährleistung. Die Gemeinde muss hierbei „das Rad nicht neu erfinden“. Sie kann auf feststehende Vertragsbedingungen zurückgreifen, die rechtlich den Status von „Kleingedruckten“ AGB-Regelungen haben.

Die Vertragsbedingungen bestehen aus

- den Besonderen Vertragsbedingungen (BVB) für den Einzelfall (insbesondere Fristen),
- den Zusätzlichen Vertragsbedingungen (ZVB) und
- den nachrangigen Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB), dies ist die VOB/B.

Kommunen und der Freistaat verwenden meist die ZVB aus dem Vergabehandbuch der Bundesverwaltung. Zusätzlich gibt es vorgefertigte Vertragsinhalte als Ergänzung zur Leistungsbeschreibung.

- In der VOB/C aufgeführte DIN-Normen ergänzen unter anderem die technische Leistungsbeschreibung. Als Allgemeine Technische Vertragsbedingungen (ATV) werden diese DIN-Normen mit der VOB/C für in der Praxis häufig vorkommende Gewerke vereinbart (siehe § 1 Abs. 1 Satz 2 VOB/B). Sie enthalten ferner Aufmaßregelungen, die unbedingt schon bei der Ausschreibung beachtet werden müssen. (Hinweis: Die sog. Null-Abschnitte der DIN-Normen enthalten nur Empfehlungen für die Ausschreibung, werden aber nicht Vertragsbestandteil.)
- Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen (ZTV) enthalten Vertragsbedingungen, die bei bestimmten Gewerken typischerweise benötigt werden, z. B. im Straßenbau (ZTV Asphalt-StB 07) oder bei Rohrgräben (ZTVE-StB 09).

a) Die Gemeinde übersendet die Vertragsunterlagen mit dem Anschreiben „Aufforderung zur Angebotsabgabe“. Es enthält

- Daten zum Verfahrensablauf (z. B. Angebots- und Bindefrist),
- ein Verzeichnis der beigefügten Unterlagen und Vertragsbestandteile,
- Angaben zu wichtigen Vertragsinhalten (z. B. Ausführungsfristen, Vertragsstrafen),
- Angaben zur Angebotswertung (insbesondere im EU-Bereich) und
- Anforderungen an die Angebote (z. B. vorzulegende Nachweise).

Ein Teil dieser Inhalte kann als „Kleingedrucktes“ in Bewerbungsbedingungen (BWB) zusammengefasst werden.

b) Der Bieter übersendet sein Angebot mit dem in den Angebotsunterlagen vorgegebenen „Angebotsschreiben“. Es enthält insbesondere

- die Auflistung der Vertragsbestandteile, die dem Angebot zugrunde liegen,
- gegebenenfalls Angaben über Nebenangebote oder Nachlässe zu den Preisen,
- die geforderten Erklärungen (gegebenenfalls mit Anlagen) und
- die Unterschrift (bzw. bei digitalen Angeboten die digitale Signatur).

4.3 Weshalb sollte die Verwaltung vor der Ausschreibung die Vorbemerkungen zu Leistungsbeschreibungen kritisch durchsehen?

Ein häufiger Fehler bei der Zusammenstellung von Ausschreibungsunterlagen ist das „bunte Zusammenwürfeln“ von Vertragsbedingungen und Bewerbungsbedingungen unter der Bezeichnung „Vorbemerkungen“. Die einen betreffen den Vollzug des Vertrags, die anderen (die Bewerbungsbedingungen) den Weg dorthin. Mit derartigem Durcheinander kommt es zu Unklarheiten und Widersprüchen, die im Zweifel zu Lasten des Auftraggebers gehen. In der Praxis findet man in „Vorbemerkungen“ häufig AGB-widrige Vertragsbedingungen, auf die sich die Gemeinde nicht berufen kann.

Es ist daher zweckmäßig, dass die Gemeinden bewährte Vergabeunterlagen (Vergabehandbücher, falls möglich auf Kommunen zugeschnitten) benutzen und freiberufliche Planer zu ihrer Benutzung verpflichten.

Bei jeder Baumaßnahme sollten schon die ersten Ausschreibungsunterlagen kritisch daraufhin durchgesehen werden, ob die Vergabe- und Vertragsunterlagen den Anforderungen entsprechen. Gemeinden sollten sich gegebenenfalls fachkundig beraten lassen. Planer, welche die Grundstruktur des VOB-Vertrags nicht kennen, sollten von Gemeinden nicht beauftragt werden.

4.4 Worauf ist bei der Leistungsbeschreibung zu achten?

Die Leistungsbeschreibung besteht aus einer allgemeinen Beschreibung der Bauaufgabe und einem in Positionen gegliederten Leistungsverzeichnis, in das die Bieter Einheitspreise eintragen müssen.

Der Bauvertrag ist ein Werkvertrag (§§ 631 ff. BGB) und hat die Herstellung eines Erfolgs zum Inhalt. Es wäre verfehlt, das Leistungsverzeichnis wie einen Versandhauskatalog zu verstehen, aus dem nach Bedarf Leistungen abgerufen werden können. Was im LV steht, ist grundsätzlich beauftragt. Entfallen beauftragte Leistungen, kostet das den Bauherrn Geld (§ 649 BGB).

Ungenauere Ausschreibungen mit unvollständigen Leistungsverzeichnissen führen in der Praxis zu Nachträgen und all zu oft zu spekulativen Angebotspreisen (siehe unten). Planung und Vorleistungen (z. B. Grunderwerb) müssen deshalb genügend weit gediehen sein. Die Gemeinde muss den Planern auch die notwendige Zeit dafür geben. Unnötige und unrealistische Terminvorgaben führen zu vermeidbaren Ausgaben durch Mehrkosten infolge planerischen Nachsteuerns.

Da Nachträge im Gremium (Gemeinderat etc.) beschlossen werden müssen und dabei Auseinandersetzungen verursachen können, versuchen Freiberufler häufig, Nachträge zu vermeiden, indem sie von vornherein Preise für alle Eventualitäten abfragen. Gerade das führt aber zu Angeboten mit Spekulationspreisen. Zum Beispiel dürfen auf keinen Fall Preise mit einer Menge von 1 Stück, 1 m etc. abgefragt werden, „damit man schon mal einen Preis hat“, weil man damit häufig einen spekulativ hohen Preis bekommt. In der Angebotssumme wirkt sich der hohe Einheitspreis fast nicht aus, abgerechnet wird aber die vielfache Menge! Es ist daher besser, einen Nachtrag in Kauf zu nehmen, als Leistungen auf Verdacht auszuschreiben. Dies sollten Gemeinderäte wissen: Besser ein Nachtrag als eine Ausschreibung auf Verdacht mit der Folge von Spekulationspreisen.

Bedarfs- oder Eventualpositionen sind aus dem gleichen Grund grundsätzlich nicht mehr zulässig (§ 7 Abs. 1 Nr. 4 VOB/A). Sie kommen nur für Leistungen in Betracht, die möglicherweise anfallen können und auf die der Auftragnehmer dann eingerichtet sein muss, die aber – z. B. bei geeigneter Witterung – auch ganz entfallen können, ohne dass dafür Kündigungsentgelt (§ 8 Nr. 1 VOB/B bzw. § 649 BGB) anfallen soll. Sie sind nicht zulässig, um Entscheidungen über die Ausführung einer Leistung auf die Ausführungszeit zu vertagen.

4.5 Wird die VOB/B bei einem Bauvertrag automatisch zum Vertragsbestandteil?

Nein! Die VOB/B ist kein Gesetz, an das sich ohnehin alle halten müssten. Die VOB/B wird nicht automatisch zum Vertragsbestandteil. Sie wird auch bei Bauverträgen mit Kommunen (die verpflichtet sind, die VOB anzuwenden) nur dann zum Vertragsbestandteil, wenn deren Geltung im Vertrag vereinbart ist. Der „VOB/B-Vertrag“ ist nämlich rechtlich gesehen ein Werkvertrag gemäß BGB, dem ergänzend bzw. abweichend „Kleingedrucktes“ der VOB/B zur Seite gestellt ist, das in den Vertrag vertragsrechtlich wirksam miteinbezogen sein muss.

4.6 Warum ist die Abnahme für die Bauvertragsabwicklung wichtig?

In rechtlicher Hinsicht muss für die Bauabwicklung der Zeitraum vor und nach der Abnahme (§ 12 VOB/B, siehe auch § 640 BGB) unterschieden werden. Beim Bauvertrag ist die Abnahme die Billigung des hergestellten Werkes durch den Auftraggeber (die Gemeinde) als im Wesentlichen vertragsgerecht. Die Abnahme ist damit eine Erklärung mit einschneidenden Folgen für die Bauvertragsabwicklung.

Bis zur Abnahme spricht man vom so genannten **Erfüllungsstadium**. Der Auftragnehmer (die Baufirma) trägt bis zur Abnahme grundsätzlich das vollständige Risiko, dass der werkvertragli-

che Erfolg eintritt. Mit der Abnahme erklärt die Gemeinde der Baufirma gegenüber, dass sie das (Bau-)Werk als im Wesentlichen vertragsgemäß hergestellt anerkennt. Ist die Bauleistung abnahmereif erbracht (wenn das Bauwerk keine wesentlichen Mängel aufweist), hat die Baufirma sogar einen Rechtsanspruch auf Abnahme.

Der Zeitraum nach der Abnahme bis zum Ende der Verjährung von Mängelansprüchen („Gewährleistungsfrist“) ist das so genannte **Nacherfüllungsstadium**. Nacherfüllung nennt man die Beseitigung der bei der Abnahme festgestellten Mängel, die Abarbeitung der bei der Abnahme festgestellten noch fehlenden Restleistungen sowie die Beseitigung derjenigen Mängel, die innerhalb der Gewährleistungsfrist auftreten und darauf zurückzuführen sind, dass die Leistung zum Zeitpunkt der Abnahme nicht frei von Sachmängeln war.

4.7 Darf die Gemeinde vor der Abnahme wegen Mängeln eine Ersatzvornahme auf Kosten der Baufirma vornehmen?

Nein! Die Kosten für eine Ersatzvornahme vor der Abnahme hat die Baufirma nur dann zu erstatten, wenn die Gemeinde nach § 4 Abs. 7 in Verbindung mit § 8 Abs. 3 VOB/B vorging und der Baufirma den Auftrag entzog (Kündigung). Schreitet die Gemeinde dessen ungeachtet zur Ersatzvornahme, hat sie nach der Rechtsprechung keinen Anspruch auf Kostenersatz. Ein Anspruch besteht dann auch nicht aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus Bereicherungsrecht.

4.8 Beim Abnahmetermin werden vor Ort Mängel entdeckt, die wesentliche Mängel zu sein scheinen – was tun?

Die Abnahme ist bis zur Klärung der Abnahmereife zu verweigern. Erweisen sich die Mängel nach Überprüfung durch die Gemeinde (z. B. durch die Objektüberwachung) nicht als wesentlich und stehen diese einer Abnahme nicht entgegen, ist eine förmliche Abnahme durchzuführen, wobei die festgestellten Mängel im Abnahmeprotokoll konkret zu beschreiben und zu rügen sind.

4.9 Bedarf es nach der Abnahme vor einer Ersatzvornahme einer zweiten Nachfristsetzung?

Für die Ersatzvornahme (nach der Abnahme) reicht eine wirksame Fristsetzung nach § 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B aus. Nach fruchtlosem Fristablauf entsteht das Recht der Gemeinde zur Ersatzvornahme auf Kosten der Baufirma gemäß § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B ohne weitere Fristsetzung.

4.10 Was ist ein so genannter verdeckter (versteckter) Mangel?

In früheren Jahren entschied die Rechtsprechung in vielen Fällen augenfälliger und schwerer Mängel, dass Mängelansprüche trotz abgelaufener Gewährleistungsfrist wegen Arglist oder wegen Organisationsverschuldens noch durchsetzbar sind.

Zu diesen Urteilen wurde in der Praxis das Schlagwort vom verdeckten (versteckten) Mangel geprägt. Der dahinter liegende Grundgedanke ist, dass ein Bauunternehmer, der noch selbst

mitarbeitet, einen ihm bekannten Mangel seiner Leistung zum Zeitpunkt der Abnahme nicht verschweigen darf, sondern offenlegen muss. Auch muss eine Baufirma bei arbeitsteiligem Vorgehen zumindest so organisiert sein, dass das Wissen über Mängel der Leistung in der Baufirma zur Abnahme noch vorhanden und nicht (zu ihren Gunsten) „wegorganisiert“ ist. Die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung ist jedoch sehr zurückhaltend. Ein schwerer, augenfälliger Mangel kann zwar immer noch ein Beweisanzeichen dafür sein, dass ein eingesetzter Firmenbauleiter den Mangel kannte und zur Abnahme verschwieg, sodass der Baufirma über ein Organisationsverschulden Arglist zur Last gelegt wird. Nicht jeder schwere Mangel lässt jedoch den Schluss auf ein Organisationsverschulden bzw. eine Arglisthaftung zu. Es kommt vielmehr darauf an, ob der Mangel nach Art und Erscheinungsform bis zur Abnahme nach aller Lebenserfahrung bei richtiger Organisation entdeckt worden wäre. Dass „Pfuscher am Bau“ vorliegt, reicht für sich genommen also nicht aus. Die Beurteilung, inwieweit eine Beweiserleichterung möglich ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, insbesondere der Art des Mangels und inwieweit dieser einen Rückschluss auf die Organisation der Baustelle zulässt. Die Beweislast trägt allerdings auch insoweit die Gemeinde.

4.11 Kann sich die Baufirma weigern, eine von der Gemeinde verlangte Nachtragsleistung auszuführen, wenn die Gemeinde den geforderten Nachtragspreis nicht akzeptiert?

Nein! Bei wirksamer Anordnung einer Nachtragsleistung (siehe § 1 Abs. 3 bzw. § 1 Abs. 4 Satz 1 VOB/B) entsteht kraft der Regelungen des § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B ein Anspruch auf geänderte Vergütung. Daraus folgt aber noch nicht, dass die Leistung allein deshalb verweigert werden darf, weil eine Vereinbarung über die Vergütung noch nicht getroffen ist.

Auch ein Streit über die vertragsgemäße Vergütung für die Nachtragsleistung berechtigt die Baufirma grundsätzlich nicht zur Leistungsverweigerung, solange die Gemeinde dem Grunde nach bereit ist, gemäß VOB/B bestehenden und nachgewiesenen Ansprüchen nachzukommen, sich die Gemeinde mithin kooperativ verhält. Es ist Sache der Baufirma, nachvollziehbar zu Grund und Höhe ihres Anspruchs, unter Anknüpfung an die Vertragskalkulation, vorzutragen.

4.12 Wie muss eine Rechnung beschaffen sein, damit sie prüfbar ist?

Eine Rechnung ist nur dann prüfbar, wenn die zum Nachweis von Art und Umfang der erbrachten Leistungen erforderlichen Mengenberechnungen, Zeichnungen, Aufmaßzeichnungen und andere notwendige Belege beigelegt sind oder dem Auftraggeber schon vorliegen (siehe § 14 Abs. 1 VOB/B).

4.13 Darf die Objektüberwachung für die Gemeinde das gemeinsame Aufmaß unterzeichnen?

Ja! Das ist eine Aufgabe der Objektüberwachung. Selbstverständlich muss die Objektüberwachung zuvor die nötigen zeitnahen (!) Feststellungen zuverlässig getroffen haben. Für die Praxis ist den Gemeinden zu raten, dass die Verwaltung zumindest unregelmäßig an den Aufmaßen teilnimmt.

4.14 Was hat die Gemeinde sofort zu tun, wenn sie feststellt, dass die bei ihr eingegangene Schlussrechnung nicht prüfbar ist?

Stellt die Gemeinde fest, dass die bei ihr eingegangene Schlussrechnung nicht prüfbar ist, hat sie dies der Baufirma umgehend (nachweisbar!) mitzuteilen. Versäumt es die Gemeinde, die nicht prüfbare Schlussrechnung innerhalb von zwei Monaten als nicht prüfbar zurückzuweisen, kann sie sich nach der neueren Rechtsprechung in einem Prozess nicht mehr auf die Nichtprüfbarkeit berufen. Eine Vergütungsklage der Baufirma kann dann nicht mehr als vorübergehend unbegründet zurückgewiesen werden. Die Baufirma muss aber im Prozess ihre Anspruchstellung nachvollziehbar darlegen, ansonsten verliert sie den Prozess wegen so genannter Unschlüssigkeit. Die Gemeinde ist im Falle versäumter Rüge der Nichtprüfbarkeit also nicht gehindert, die materielle Unrichtigkeit der Rechnung geltend zu machen.

4.15 Wann verjährt der Vergütungsanspruch der Baufirma beim VOB/B-Vertrag?

Für den Beginn der Verjährung ist die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs maßgeblich. Beim VOB/B-Vertrag wird die Vergütungsforderung alsbald nach Prüfung und Feststellung der Schlussrechnung fällig, spätestens innerhalb von zwei Monaten nach Zugang der Schlussrechnung (§ 16 Abs. 3 VOB/B). Für die Verjährung des Vergütungsanspruchs (drei Jahre ab dem Jahresende, in dem der Anspruch fällig wird, siehe §§ 195 und 199 Abs. 1 BGB) ist entscheidend, in welchem Jahr die Fälligkeit eintritt. Stellte die Baufirma z. B. die Schlussrechnung am 15.11.2011, wurde die Schlusszahlung spätestens am 15.01.2012 fällig. Der Beginn der Verjährungsfrist ist dann der Ablauf des 31.12.2012. Die dreijährige Verjährungsfrist endet deshalb mit Ablauf des 31.12.2015. Bekam die Baufirma den Rückläufer der geprüften Schlussrechnung allerdings (nachweislich) noch vor dem Jahresende 2011, wird die Schlusszahlung noch im Jahr 2011 fällig. Die Verjährung endet in diesem Fall schon mit Ablauf des 31.12.2014.

4.16 Was ist bei der Feststellung der Rechnung zu beachten?

Nach § 41 KommHV sind jeder Anspruch und jede Zahlungsverpflichtung auf Grund und Höhe zu prüfen und ist die Richtigkeit zu bescheinigen. Zur Auslegung im Einzelnen sind die Verwaltungsvorschriften zu Art. 70 BayHO entsprechend heranzuziehen.

Die Feststellung des Zahlungsanspruchs wird mit dem Vermerk „**sachlich richtig**“ auf der geprüften Rechnung getroffen. Bei Baumaßnahmen wird ein Teil daraus, nämlich die Feststellung der „fachtechnischen und rechnerischen Richtigkeit“ häufig vertraglich auf ein freiberufliches Bauleitungsbüro delegiert. Die „rechnerische Richtigkeit“ umfasst nicht nur die Nachrechnung, sondern auch die Feststellung, dass die materiellen Voraussetzungen zutreffen, d. h. der entsprechende Preis vereinbart ist, die Leistung in dem berechneten Umfang erbracht wurde und bereits erfolgte Zahlungen berücksichtigt sind.

Mit der Bescheinigung „**fachtechnisch richtig**“ wird zudem bestätigt, dass die nötige fachtechnische Beurteilung erfolgte, ob etwa aufgrund von Mängeln noch Einbehalte vorzunehmen sind und ob der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz eingehalten wurde. Die so geprüfte Rechnung wird vom zuständigen Bediensteten der Gemeinde mit „sachlich richtig“ festgestellt, wenn die fachtechnische und rechnerische Richtigkeit vom zuständigen Bearbeiter festgestellt wurde und die Unterlagen plausibel sind, also keine offensichtlichen Ungereimtheiten oder Lücken aufweisen.

4.17 Wie ist die Bauabrechnung zu belegen?

Die Buchungen müssen haushaltsrechtlich durch Kassenanordnungen und Auszahlungshinweise, ferner durch Unterlagen, aus denen sich der Grund der Buchung ergibt (begründende Unterlagen), belegt sein (vgl. § 71 Abs. 1 KommHV-Kameralistik, § 67 Abs. 1 KommHV-Doppik). Begründende Unterlagen wie z. B. Rechnungen, die nicht mit der Kassenanordnung zusammengefasst werden, sollen so geordnet werden, dass sie anhand der Kassenanordnung ohne Schwierigkeiten zur Einsicht und zur Prüfung bereitgestellt werden können (vgl. VV Nr. 3 zu § 71 KommHV a. F.).

Baurechnungen sind regelmäßig so umfangreich, dass sie der Auszahlungsanordnung nicht beigelegt werden können, und sie stehen in einem sachlichen Zusammenhang zueinander, sodass auch nicht einzelne Teile herausgetrennt werden sollten.

Es ist daher sinnvoll, dass sie gesondert bei der Bauverwaltung aufbewahrt bzw. archiviert werden. Art und Umfang der Aufbewahrung sind in der KommHV-Kameralistik und der KommHV-Doppik nicht näher beschrieben, sondern ergeben sich aus der Sache selbst.

Als Anhaltspunkt kann z. B. die Auflistung der Unterlagen herangezogen werden, die der Freistaat mit seinen Zuwendungsbestimmungen (ANBest-K) bei geförderten Maßnahmen mit dem Verwendungsnachweis fordert.

Zu jeder Schlusszahlung gehören als „begründende Unterlagen“

- der Vertrag (Leistungsbeschreibung mit -verzeichnis, Vertragsbedingungen etc.),
- die Vergabedokumentation als Nachweis der wirtschaftlichen Vergabe (die nicht beauftragten Gegenangebote sind gesondert aufzubewahren),
- die Nachtragsvereinbarungen mit Kalkulationsnachweisen,
- der Schriftverkehr mit dem Auftragnehmer zur Abwicklung,
- die Aufmaße, Aufmaßzusammenstellungen und -skizzen,
- gegebenenfalls die Stundenlohnzettel, Liefer- und Wiegescheine,
- das Abnahmeprotokoll samt Feststellung, dass die Restmängel beseitigt wurden und
- gegebenenfalls amtliche Prüfzeugnisse (in Kopie; das Original gehört unbedingt zum Bestandsakt).