

Ausschreibung einer Kanalsanierung – Was sollte beigelegt werden?

Welche Regelwerke, Besonderen Vereinbarungen u. ä. müssen einer Ausschreibung beigelegt und welche dürfen als bekannt vorausgesetzt werden?

VON CARSTEN SCHMIDT, LL.M.,
CLP RECHTSANWÄLTE UND
DIPL.-ING. MICHAEL HIPPE, VSB E.V.

Schaut man sich die Ausschreibungen von früher und heute an, kann man zweifelsfrei feststellen, dass der Umfang deutlich zugenommen hat. Auch wenn mit der geplanten E-Vergabe das Papier zukünftig eine geringere Rolle spielen wird, so ist allein schon aus Gründen der Übersichtlichkeit und des Arbeitsumfanges sowohl seitens des Ausschreibenden und als auch seitens der Bieter eine Reduzierung auf das tatsächlich Erforderliche von Vorteil. Vor diesem Hintergrund stellt sich immer wieder auch die Frage, welche Regelwerke, Besonderen Vereinbarungen u. ä. beigelegt werden müssen und welche als bekannt vorausgesetzt werden dürfen. Zuletzt wurde dies z. B. auf dem Schlauchlinertag 2015 für die Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen von VSB und DWA diskutiert.

Eine gute Orientierung für die Beantwortung dieser Frage liefert der Begriff der allgemein anerkannten Regeln der Technik. Allgemein

anerkannte Regeln der Technik sind Regeln für die Ausführung baulicher Leistungen, die sich nach Meinung der Mehrheit der maßgeblichen Fachleute in der Praxis bewährt haben oder deren Eignung von ihnen als nachgewiesen angesehen wird. Allerdings handelt es sich hierbei um einen unbestimmten Rechtsbegriff, so dass eine weitere Interpretation erforderlich wird.

Eindeutig kann die Frage zunächst für die Normen und Regelwerke beantwortet werden, welche durch Bund oder Länder als Regeln der Technik – ggf. mit Änderungen – eingeführt worden sind. Sie erhalten hierdurch Gesetzes- bzw. ordnungsgleichen Charakter, sind veröffentlicht und dürfen somit als bekannt vorausgesetzt werden. Entsprechendes Regelwerk ist z. B. in der VOB Teil C zusammengestellt.

DIN-Normen und auch DWA-Arbeitsblätter durchlaufen einen aufwändigen Erarbeitungs- und Abstimmungsprozess mit entsprechenden Einspruchsmöglichkeiten, sodass sie die überwiegende Fachmeinung widerspiegeln und ihre Kenntnis zwar nicht in der Allgemeinheit (problematisch z. B. bei der Gestaltung kommunaler Satzungen), wohl aber in der Fachwelt vorausgesetzt werden darf.

Für Merkblätter und Empfehlungen von DWA und VSB sowie RSV und GSTT gilt dies nicht, da sie einen weniger umfassenden Beteili-

gungsprozess durchlaufen und der Bekanntheitsgrad eingeschränkter ist. In diese Kategorie sind sowohl die ZTV des VSB als auch die in Kooperation von DWA und VSB neu erarbeiteten ZTV (Merkblattreihe M 144) einzuordnen.

Beilegung der Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen oder Bezugnahme?

Es stellt sich die Frage, ob Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen (ZTV) in die Ausschreibung explizit mitaufgenommen werden müssen oder ein bloßer Verweis auf diese Bedingungen ausreichend ist, um sie vertraglich zu vereinbaren.

Betrachtung aus vergaberechtlicher Sicht

In den Vergabeunterlagen ist nach § 8 Abs. 3 VOB/A vorzuschreiben, dass die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B) und die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (VOB/C) Bestandteile des Vertrags werden. Das gilt auch für etwaige Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen, soweit sie Bestandteile des Vertrags werden sollen. Die an die VOB/A gebundenen Auftraggeber dürfen also Bauverträge nur auf der Grundlage der VOB/B und VOB/C schließen. Die jeweiligen Bedingungen müssen daher zum Gegenstand schriftlicher oder mündlicher Erklärungen gemacht werden. Die VOB/B wie auch u.a. die Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen müssen als Vertragsbestandteil genannt sein. Es muss also nach § 8 Abs. 3 VOB/B ein Hinweis an den Bewerber erfolgen, dass die allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB) und die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen (ATV) sowie beispielsweise die Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen Vertragsbestandteile werden sollen. Der Hinweis auf die Bezugnahme der Bedingungen sollte in einer klaren und eindeutigen Bezeichnung erfolgen. Es wird keine wörtliche Übernahme verlangt, sondern im Wesentlichen eine Bezugnahme.

In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird jedoch vertreten, dass diese schlichte Bezugnahme u.a. hinsichtlich der ZTV nur erlaubt sei, wenn diese von dem betreffenden Auftraggeber, der sie aufgestellt hat, in der Weise veröffentlicht worden sind, dass der einzelne Bewerber ohne Schwierigkeiten in der Lage sei, hiervon an anderer Stelle und außerhalb der Vertragsunterlagen Kenntnis zu nehmen oder sich Kenntnis zu verschaffen. Sei das nicht der Fall, so sei der Auftraggeber verpflichtet, diese zusätzlichen Bedingungen den jeweiligen Vertragsunterlagen beizufügen (Ingenstau/Korbion, VOB/A, § 8 Rn. 28; Kapellmann/Messerschmidt, VOB/A, § 8 Rn. 66).

Betrachtung aus zivilrechtlicher Sicht

Zivilrechtlich handelt es sich bei der VOB/C, soweit dort Regeln über das Aufmaß, die Abrechnung und über Art und Umfang nicht gesondert zu vergütender Nebenleistungen aufgestellt werden, um Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB). Für die Abschnitte der VOB/C mit überwiegend technischen Regelungsgehalten ist die Einordnung als AGB nicht abschließend geklärt. Unter Zugrundelegung dieser Ausführungen können auch die ZTV Allgemeine Geschäftsbedingungen darstellen.

Gelangt im betreffenden Vergabefall das AGB-Recht zur Anwendung, sind die Einbeziehungsvoraussetzungen der §§ 305 ff. BGB zu beachten. Nach § 305 Abs. 2 BGB werden AGB grds. nur dann Bestandteil eines Vertrags, wenn bei Vertragsschluss durch den Verwender ein Hinweis auf sie erfolgte und er der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise von dem Inhalt der AGB Kenntnis zu erlangen. Diese Regelung findet jedoch nach § 310 Abs. 1 BGB keine Anwendung, wenn die AGB u.a. gegenüber einem Unternehmer verwendet werden.

Aus der Rechtsprechung lassen sich in diesem Zusammenhang folgende Entscheidungen aufzählen.

Nach der Auffassung des OLG Bremen (OLG Bremen, U. v. 11. 2. 2004, Az.: 1 U 68/03 7 O 733/03 mit Verweis auf BGH, U. v. 30. 6. 1976, Az.: VIII ZR 267/75) ist es ausreichend, wenn der Verwender erkennbar auf seine AGB verweise und der unternehmerische Vertragspartner deren Geltung nicht widerspreche. Eine ausdrückliche Einbeziehung sei wirksam, wenn die AGB dem für den Vertragsschluss maßgeblichen Schreiben nicht beigelegt waren und der Kunde den Inhalt der AGB nicht kenne. Jedoch gelte auch im Verkehr zwischen Unternehmern der Grundsatz, dass der

Verwender dem anderen Teil ermöglichen muss, von dem Inhalt der AGB in zumutbarer Weise Kenntnis zu nehmen. Insoweit wiederum sei anerkannt, dass die AGB dem für den Vertragsschluss maßgeblichen Schreiben nicht beigelegt zu werden brauchen. Der andere Teil habe aber, soweit es sich nicht um gebräuchliche, leicht zugängliche Klauselwerke handele, einen Anspruch auf Überlassung oder Einsicht in die AGB. Übersende der Verwender die AGB trotz Aufforderung nicht, könne er sich gem. § 242 BGB nicht mehr auf die AGB berufen. Unternehmer müssen nämlich mit höherer Sorgfalt als Privatleute selbst zur Klarstellung der Geschäftsbeziehung beitragen. Von ihnen könne deshalb erwartet werden, dass sie ihnen unbekannte AGB anfordern oder sich sonst beschaffen. Schließe ein Unternehmer den Vertrag ab, ohne die ihm nicht vorliegenden AGB anzufordern, obwohl der Einbeziehungswille des Verwenders ihm bekannt sei oder bekannt sein müsse und das Anfordern ihm zumutbar sei, liege ein Verzicht des Unternehmers auf die Möglichkeit der Kenntnisnahme vor.

Der BGH führt in einer Entscheidung aus dem Jahre 2001 (U. v. 31. 10. 2001, Az.: VIII ZR 60/01) aus, dass im nationalen Rechtsverkehr die Klauseln innerhalb einer Branche vielfach ähnlich ausgestaltet und unter den beteiligten Handelskreisen regelmäßig bekannt seien. Soweit dies für den unternehmerisch tätigen Vertragspartner nicht zutrefte, könne von ihm nach Treu und Glauben erwartet werden, dass er sich das Klauselwerk verschaffe, wenn er das Geschäft – wie vom Verwender unter Einbeziehung seiner AGB angeboten – abschließen wolle. Der BGH lehnte diese Rechtsprechung jedoch für den internationalen Handelsverkehr u.a. wegen den erheblichen Unterschieden zwischen den nationalen Klauselwerken ab.

Auch die Literatur hält es aus zivilrechtlicher Sicht ausreichend, dass für

die wirksame Einbeziehung in den späteren Bauvertrag ein unwidersprochener Hinweis an den Unternehmer ausreichend sei. Eine Übergabe sei zivilrechtlich grundsätzlich nicht erforderlich; es reiche aus, dass der Auftragnehmer in zumutbarer Weise von den ZVB oder ZTV Kenntnis erlangen könne. Dies könne entweder dadurch geschehen, dass ihm der Auftraggeber auf Anforderung die zusätzlichen Bedingungswerke überlasse oder zumindest Einsicht in sie gewähre (Kapellmann/Messerschmidt, VOB/A, § 8 Rn. 66).

Fazit

Eine grundsätzliche Pflicht zur Beifügung von Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen besteht nicht. Ohne die Beifügung von Merkblättern, die Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen wiedergeben und noch nicht den Bekanntheitsgrad und die entsprechende Verbreitung erfahren haben, besteht aus vergaberechtlicher Sicht, der rechtswissenschaftlichen Literatur folgend, aber die Gefahr einer rechtlichen Unstimmigkeit über die wirksame Einbeziehung. Darüber hinaus muss in jedem Fall sichergestellt sein, dass die in den ZTV offen oder alternativ gehaltenen Punkte durch den Ausschreibenden konkretisiert werden. Will man dieses rechtliche Risiko betreffend die wirksame Einbeziehung von den Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen sicher ausschließen, sollten die einschlägigen Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen beigelegt werden. ■