

Newsletter

der Rechtsanwälte Dres. Theißen & Stollhoff

Baurecht, Immobilienrecht, Ingenieurrecht, Vergaberecht

AKTUELLES AUS DER RECHTSPRECHUNG

Baurecht

Rückzahlungsanspruch wegen Überzahlung durch Abschlagszahlungen beim gekündigten Bauvertrag

BGH, U. v. 2.5.02 – VII ZR 249/00

LEITSATZ

Wenn der Auftraggeber nach vorzeitiger Beendigung eines Bauvertrages behauptet, mit seinen Abschlagszahlungen bereits zuviel für die erbrachte Teilleistung bezahlt zu haben, und dementsprechend eine Überzahlung zurückfordert, kommt ein Bereicherungsanspruch nicht in Betracht. Vielmehr folgt aus der Vereinbarung von Abschlagszahlungen

der vertragliche Anspruch darauf, dass der Auftragnehmer abrechnet und einen Überschuss auszahlt.

HINWEIS

Nach Ansicht des BGH muss der *Auftragnehmer* bei vorzeitiger Baubeendigung beweisen, dass er die vorläufigen Abschlagszahlungen behalten darf. Er ist grundsätzlich verpflichtet, die endgültige Vergütung unter Berücksichtigung der geleisteten Abschlagszahlungen abzurechnen. Diese Verpflichtung folgt aus der Vereinbarung von Abschlagszahlungen, die nur einen vorläufigen Charakter haben. Soweit sich aus der Schlussrechnung ein Überschuss ergibt, muss der Auftragnehmer diesen auszahlen.

Erfolgt eine solche Schlussrechnung nicht, so muss der Bauherr nach seinem Kenntnisstand einen etwaigen Überschuss schlüssig darlegen. Die Anforderungen an diesen Vortrag sind jedoch nicht sehr hoch, da die Beweislast beim Auftragnehmer liegt.

INHALT

Aktuelles aus der Rechtsprechung	1
Nachrichten aus der Bau- und Immobilienwirtschaft	
➤ 6. HOAI-Novelle	2
➤ Aktueller Basiszinssatz	4
➤ Neues Schuldrecht auch für Dauerschuldverhältnisse	5
➤ Neue Vergabeverordnung in Kraft	7
➤ In-House- und de-facto-Vergabe	8
➤ Verordnung über das CPV	8
➤ Mietspiegel 2002	9
Dres. Theißen & Stollhoff - Intern	10
Auf einen Blick	
➤ Der gesetzliche Verzugszins nach § 288 BGB	11

Editorial

Auch in der diesjährigen ersten Ausgabe unseres Newsletters haben wir – wie gewohnt – bedeutende Urteile aus den Bereichen des Bau-, Immobilien-, und Vergaberechts veröffentlicht. Insbesondere für Bauträger beachtlich ist die Entscheidung des Bundesgerichtshofes zum Umfang der Bürgschaft nach § 7 MaBV.

In unserer Praktiker-Rubrik "Auf einen Blick" haben wir die gesetzlichen Verzugszinssätze für Alt- und Neuforderungen systematisch dargestellt. Darüber hinaus finden Sie im vorliegenden Newsletter auch weitere interessante Neuigkeiten aus der Immobilien- und Baubranche.

Dres. Theißen & Stollhoff

Impressum

Herausgeber:

Dres. Theißen & Stollhoff
Rechtsanwälte und Notariat
Cuxhavener Straße 14
10555 Berlin

Telefon (030) 399776-0

Telefax (030) 399776-22

Vertragsstrafen in AGB

OLG Celle, U. v. 11.7.02 – 22 U 190/01

LEITSATZ

1. Gegen eine in Besonderen Vertragsbedingungen eines öffentlichen Auftraggebers vorgesehene Vertragsstrafenvereinbarung bestehen gem. § 9 AGBG (§ 307 BGB n.F.) keine Bedenken, wenn diese der Höhe nach auf 0,1% der Abrechnungssumme für jeden Werktag der Verspätung sowie maximal 10% der Abrechnungssumme begrenzt ist und zumindest durch eine Verweisung auf § 11 VOB/B klargestellt wird, dass die Vertragsstrafe verschuldensabhängig ausgestaltet ist.

2. Der Werkunternehmer kann sich nicht auf die Unwirksamkeit einer Vertragsstrafenvereinbarung berufen, wenn er bereits bei Vertragsschluss weiß, dass er die vereinbarte Ausführungsfrist aus technischen Gründen nicht einhalten kann, dies dem Bauherren aber nicht mitteilt.

HINWEIS

Grundsätzlich ist die Vereinbarung von Vertragsstrafen zur Sicherstellung der fristgerechten Erbringung der Leistung des Auftragnehmers im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zulässig. Voraussetzung ist allerdings, dass die Vertragsstrafe – wie im vorliegenden Fall – der Höhe nach sowohl bezogen auf den einzelnen Tagessatz als auch auf die Gesamthöhe der zu verwirkenden Vertragsstrafe begrenzt ist. Darüber hinaus sind vorformulierte Vertrags-

strafenklauseln (fast immer) unwirksam, wenn sie ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Auftragnehmers allein an eine Fristüberschreitung anknüpfen.

Nach dem OLG Celle ist indes ausreichend, wenn die vorformulierte Vertragsstrafenklausel, die selbst keinen Hinweis auf

des laufenden Baufortschritts sowie des Fehlens von Plänen für den Altbestand kaum mehr möglich ist, und vermag er nicht schlüssig darzulegen, wie er die von ihm in der Schlussrechnung des Auftragnehmers vorgenommenen Massenkürzungen berechnet hat, so ist es unter dem Gesichtspunkt von

6. HOAI-NOVELLE

Nunmehr liegt die vom Bundeswirtschaftsministerium Ende November 2001 in Auftrag gegebene Untersuchung zur Vorbereitung der 6. HOAI-Novelle vor. Das 600 Seiten umfassende Dokument wurde Anfang Februar den Verbänden vorgelegt. Danach werden die Bundesländer angehört. Die Untersuchung ist unter „<http://www.a.tu-berlin.de/forschung/hoai2000plus>“ abrufbar.

die Verschuldensabhängigkeit der Vertragsstrafe enthält, zumindest auf § 11 VOB/B verweist. Nach § 11 VOB/B ist die Verwirkung der Vertragsstrafe vom Verzug abhängig. Nach einer Entscheidung des OLG Frankfurt (IBR 1999, 208) ist gar ausreichend, dass die VOB/B und damit auch § 11 VOB/B ergänzender Vertragsbestandteil sind.

Umkehr der Beweislast ♦ Anerkennung von Stundenlohnzetteln

OLG Celle, U. v. 28.8.02 – 22 U 159/01

LEITSATZ

1. Verweigert der Auftraggeber entgegen seiner Verpflichtung aus § 8 Nr. 6 VOB/B die Mitwirkung bei einem gemeinsamen Aufmaß, obwohl er weiß, dass eine Begutachtung durch einen Sachverständigen wegen

Treu und Glauben wegen der erfolgten Beweisvereitelung gerechtfertigt, ihm die Darlegungs- und Beweislast für die behaupteten Mindermengen bei den Massen aufzuerlegen.

2. Aus dem Regelungszusammenhang des § 15 Nr. 3 S. 3 - 5 VOB/B folgt, dass Stundenlohnzettel als anerkannt gelten, wenn der Auftraggeber oder ein von ihm ausdrücklich für die Durchführung des Bauvorhabens bestellter Handlungsbevollmächtigter die ihm ordnungsgemäß vorgelegten Stundenlohnzettel nicht oder nicht rechtzeitig zurückgibt und auch nicht fristgemäß Einwendungen erhebt.

HINWEIS

Nach § 8 Nr. 6 VOB/B kann der Auftragnehmer bei einem gekündigten Bauvertrag vom Auftraggeber ein gemeinsames Aufmaß der von ihm erbrachten

Leistungen bzw. eine Bautenstandsfeststellung und die Abnahme der bis zur Kündigung erbrachten Leistungen verlangen, um seiner Verpflichtung zur Vorlage einer prüfaren Rechnung unverzüglich nach Erhalt der Kündigung nachzukommen. Hierbei trägt grundsätzlich der Auftragnehmer die volle Darlegungs- und Beweislast für seinen Vergütungsanspruch hinsichtlich der bis zur Kündigung erbrachten Leistungen. Kommt der Auftraggeber dem Verlangen des Auftragnehmers nach einem gemeinsamen Aufmaß nicht nach, hat der Auftragnehmer seinerseits durch einseitiges Aufmaß bzw. durch Bautenstandsfeststellung nachzuweisen, welcher Leistungsstand zum Kündigungszeitpunkt erreicht wurde. Im ebenfalls vom OLG Celle entschiedenen Fall hatte der Auftraggeber dies durch den weiteren Fortgang der Bauarbeiten verhindert, so dass das Gericht – wie im Leitsatz ausgeführt – nunmehr dem Auftraggeber die Darlegungs- und Beweislast für die von ihm verlangte Rechkürzungen wegen vermeintlicher Minderungen auferlegte.

Umfang der Bürgschaft nach § 7 MaBV

BGH, U. v. 22.10.02 – XI ZR 393/01 u. 394/01

LEITSATZ

1. Eine Bürgschaft nach § 7 MaBV sichert sowohl Ansprüche auf Ersatz von Aufwendungen für die Mängelbeseitigung als auch Ansprüche auf

Rückgewähr der Vorauszahlungen, die aus einer auf Mängel gestützten Wandlung oder Minderung oder aus einem Schadensersatzanspruch wegen (teilweiser) Nichterfüllung resultieren.

2. Die Bürgschaft soll aber nicht Schadensersatzansprüche wegen entgangener Nutzungen abdecken; mithin auch keinen Mietausfallschaden.

3. Sie dient auch nicht der Absicherung vom Eigentümer zu erbringender öffentlicher Sanierungsabgaben.

4. Mängel, die nicht im Abnahmeprotokoll festgehalten sind, sondern erst nach Abnahme des Werkes auftreten, können zwar zu einem Rückzahlungsanspruch gegen den Bauträger führen, nicht aber dazu, dass die Bürgschaft nach § 7 MaBV in Anspruch genommen werden kann.

HINWEIS

Der unter Nr. 1 des vorstehenden Leitsatzes beschriebene Sicherungsumfang der Bürgschaft nach § 7 MaBV ist bereits in mehreren Entscheidungen des BGH bestätigt worden. Danach soll beim Bauträgerkauf der Erwerber einen angemessenen Ausgleich für die von ihm eingegangene Verpflichtung erhalten, die Vergütung für das herzustellende Werk sofort zu entrichten und nicht erst, entsprechend der gesetzlichen Regelung in § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB, bei der Abnahme oder gem. § 3 Abs. 2 MaBV in Raten entsprechend dem Bauablauf nach Bauabschnitten. In der vorliegenden Entscheidung stellt der BGH indes weiterge-

hend klar, dass die MaBV-Bürgschaft nicht Schadensersatzansprüche wegen entgangener Nutzungen, hier Mietausfall, abdeckt. Wichtig ist zudem die Feststellung des BGH, dass vom Sicherungsumfang der Bürgschaft nach § 7 MaBV nicht Rückzahlungsansprüche gesichert sind, die sich auf Mängel stützen, die erst nach der Abnahme auftraten. Der BGH begründet dies damit, dass ansonsten der vorauszahlende Erwerber besser stehen würde als der Käufer, der nach Baufortschritt zahlt. Zudem wäre der Bauträger gezwungen, die Bürgschaft während der gesamten Gewährleistungszeit aufrechtzuerhalten und dafür Avalprovision zu zahlen. Dies können die Vertragsparteien nicht gewollt haben.

Architektenrecht

Objektüberwachung und –betreuung ♦ Mitverschulden des Bauherrn

OLG Stuttgart, U. v. 22.6.02 – 2 U 209/01

LEITSATZ

1. Die Pflicht des Architekten zur Auflistung der Gewährleistungsfristen im Rahmen der Objektüberwachung (Leistungsphase 8) erstreckt sich auch auf die Fristen der Sonderfachleute. War der Architekt an der Vergabe nicht beteiligt, so muss er sich die entsprechenden Vertragsunterlagen vom Bauherrn zur Einsichtnahme geben lassen.

2. Die Objektbetreuung (Leistungsphase 9) verlangt vom

Architekten die tatsächliche Sicherstellung der nachhaltigen und vollständigen Beseitigung aller festgestellten Mängel. Er muss auch auf den drohenden Ablauf einer Gewährleistungsfrist hinweisen und anspruchssichernde Maßnahmen wie Einleitung eines selbständigen Beweisverfahrens oder Einschaltung eines Rechtsberaters anraten.

3. Ein Mitverschulden des nicht fachkundigen Bauherrn kommt in der Regel nicht in Betracht.

4. Tritt wegen unterlassener Beratung Verjährung ein, so liegt ein Gesamtschuldverhältnis zwischen dem Architekten und dem Bauunternehmer oder Sonderfachmann, der die fehlerhafte Leistung erbracht hat, nicht vor.

Wettbewerbsverstoß einer Gemeinde ♦ Pauschalhonorar unterhalb der Mindestsätze

LG Freiburg, U. v. 17.5.02 – 12 O 29/02

LEITSATZ

1. Wenn eine Gemeinde 4 Architekten im Rahmen einer Mehrfachbeauftragung mit der Erstellung von Vorentwürfen für ein neues Bürgerhaus beauftragt und ihnen dafür nur Pauschalhonorare anbietet, die unterhalb der Mindestsätze der HOAI liegen, kommt eine wettbewerbsrechtliche Störerhaftung der Gemeinde in Betracht.

2. Der Störereigenschaft der Gemeinde steht nicht entgegen, dass es in erster Linie Aufgabe der beteiligten Architekten ist, die preisrechtlichen Regelungen

der HOAI einzuhalten. Dadurch, dass die Gemeinde den beauftragten Architekten aber nur ein Pauschalhonorar in unzulässiger Höhe angeboten hat, legte sie ihnen eine Unterschreitung der Mindestsätze nahe und wirkte dadurch wesentlich und adäquat kausal an der Herbeiführung eines Wettbewerbsverstoßes von Dritten mit.

Statiker nicht Erfüllungsgehilfe des Bauherrn

BGH, U. v. 4.7.02 – VII ZR 66/01

LEITSATZ

Beauftragt ein Bauherr in selbständigen Verträgen einen Architekten und einen Statiker mit Planungsleistungen, so ist der Statiker regelmäßig nicht Erfüllungsgehilfe des Bauherrn in dessen Vertragsverhältnis mit dem Architekten.

HINWEIS

Wie üblich hatte der Bauherr im vorliegenden Fall mit einem Architekten und einem Statiker gesonderte Verträge zur Realisierung des Bauvorhabens abgeschlossen. Nachdem ein Bau Schaden auftrat, nahm der Bauherr den Architekten auf Schadensersatz wegen Planungsfehler in Anspruch. Dieser verweigerte die vollständige Haftungsübernahme u.a. mit der Begründung, dass sich der Bauherr seinerseits Planungsfehler des Statikers anrechnen lassen müsse. Der Statiker sei Erfüllungsgehilfe des Bauherrn, so dass der Schadensersatzanspruch des Bauherrn um das

Mitverschulden des Statikers zu kürzen sei. Dem entgegen stellt der BGH unter Bezugnahme auf seine bisherige Rechtsprechung klar, dass der vom Bauherrn beauftragte Statiker regelmäßig nicht Erfüllungsgehilfe des Bauherrn in dessen Vertragsverhältnis mit dem Architekten ist. Ein anderes gilt nach der Rechtsprechung verschiedener Obergerichte nur dann, wenn der Bauherr dem Architekten die Erbringung der Statik schuldet, der Statiker also in Erfüllung einer dem Bauherrn im Verhältnis zum Architekten obliegenden Verbindlichkeit

AKTUELLER BASISZINSSATZ

Der Basiszinssatz nach § 247 Abs. 1 BGB beträgt ab dem 01.01.2003 nur noch 1,97 %. Dies bedeutet eine Senkung um 0,5 % gegenüber dem für das zweite Halbjahr 2002 geltenden Basiszinssatz von 2,47 %.

gehandelt hat. Das wird allenfalls bei größeren Bauvorhaben, die eine spezifische Statikerleistung erfordern, zu bejahen sein.

Genehmigungsfähigkeit der Entwurfsplanung

BGH, 26.9.02 – VII ZR 290/01

LEITSATZ

1. Ein Architekt, der sich zur Erstellung einer Genehmigungsplanung verpflichtet, schuldet als Werkerfolg eine

dauerhaft genehmigungsfähige Planung.

2. Die Parteien eines Architektenvertrages können im Rahmen der Privatautonomie vereinbaren, dass und in welchem Umfang der Auftraggeber das Risiko übernimmt, dass die vom Architekten zu erstellende Planung nicht genehmigungsfähig ist.

3. Die Kenntnis des Genehmigungsrisikos bietet keine hinreichende Grundlage für die Annahme, dass die Parteien abweichend von dem schriftlichen Vertrag vereinbart haben, dass der Auftraggeber das Genehmigungsrisiko tragen soll.

4. Der Auftraggeber eines Architektenvertrages ist grundsätzlich nicht verpflichtet, die vereinbarte Planung nachträglich in der Weise zu ändern, dass die geänderte Planung dauerhaft genehmigungsfähig ist.

HINWEIS

Nach der ständiger Rechtsprechung schuldet der Architekt, der gem. § 15 Abs. 2 Nr. 3

HOAI die Entwurfsplanung übernommen hat, einen dauerhaft genehmigungsfähigen Planungsentwurf. Dieser muss sich im Rahmen der bauordnungs- und bauplanungsrechtlichen Vorschriften bewegen. Anderenfalls ist das Architektenwerk i.S.d. § 633 Abs. 1 BGB mangelhaft. Dies gilt selbst dann, wenn – wie z.B. im ungeplanten Innenbereich wegen § 34 BauGB – Genehmigungsrisiken bestehen. Allein der Umstand, dass dem Bauherrn das Risiko bei Abschluss eines sog. Einheitsarchitektenvertrages bekannt war, lässt die Einstandspflicht des Architekten nach der vorstehenden Entscheidung des BGH nicht entfallen. Die Kenntnis des Genehmigungsrisikos bietet keine hinreichende Grundlage für die Annahme, dass die Parteien abweichend vom schriftlichen Architektenvertrag vereinbart haben, dass der Bauherr das Genehmigungsrisiko hätte tragen sollen. In der Konsequenz sollte der Architekt bei Zweifeln über die Genehmigungsfähigkeit den

Bauherrn eingehend aufklären und die Fortführung der Planungsleistungen davon abhängig machen, dass der Auftraggeber insoweit das Risiko der Genehmigungsfähigkeit ausdrücklich übernimmt. Beides sollte zu Beweis Zwecken dokumentiert werden.

Vergaberecht

Keine Pflicht zur Auftragsvergabe

BGH, U. v. 5.11.02 – X ZR 232/00

LEITSATZ

Bei Geltung der VOB/A ist der Ausschreibende auch dann, wenn kein Aufhebungsgrund nach § 26 Nr. 1 besteht, nicht schlechthin gezwungen, einen der Ausschreibung entsprechenden Auftrag zu erteilen.

HINWEIS

Der BGH bestätigt in der vorstehenden Entscheidung seine bisherige Rechtsprechung. Grundsätzlich regelt § 26 Nr. 1 VOB/A die Voraussetzungen, unter denen ein öffentlicher Auftraggeber ausnahmsweise berechtigt ist, ein förmliches Vergabeverfahren ohne Zuschlagserteilung zu beenden. Bieter, die sich an einer Ausschreibung nach VOB/A beteiligen, dürfen darauf vertrauen, dass das Verfahren entweder durch Zuschlagserteilung oder bei Vorliegen der vergaberechtlich zugelassenen Möglichkeiten durch Aufhebung der Ausschreibung beendet wird. Indes kann der Auftraggeber – wie der BGH betont – nicht

NEUES SCHULDRECHT AUCH FÜR DAUERSCHULDVERHÄLTNISSE

Zwar ist das Schuldrecht bereits seit 01.01.2002 reformiert und in Kraft, doch gelten einige Änderungen mit Rücksicht auf Umstellungsfristen erst zum 01.01.2003. Hierunter fallen vor allem Dauerschuldverhältnisse, für die bis zum 01.01.2003 altes Recht anzuwenden war, sofern der Vertrag vor dem 01.01.2002 geschlossen wurde. Dauerschuldverhältnisse sind Vertragsverhältnisse, die sich nicht in einmaligen Erfüllungshandlungen erschöpfen, sondern eine Verpflichtung zu einem fortlaufenden Tun, Unterlassen oder Verhalten begründen (Bsp.: Miete, Pacht, Dienstverträge, Gesellschaftsvertrag, Leasing oder Franchising). Für diese Vertragstypen ist nunmehr ab dem 01.01.2003 auch das neue Schuldrecht heranzuziehen.

zum Abschluss des Bauvertrages gezwungen werden, deren Realisierung er nicht mehr beabsichtigt. Sind in einem solchen Fall keine Aufhebungsgründe gem. § 26 Nr. 1 VOB/A gegeben, können allerdings Schadensersatzansprüche der Bieter gem. § 126 GWB und gem. §§ 280 Abs.1, 311 Abs. 2 BGB bestehen.

Begründung der Vorabinformation und Zuschlagsverbot für Unterangebot

OLG München, B. v. 3.7.02 – Verg 13/02

LEITSATZ

1. Das Verbot des § 13 Satz 3 VgV und die sich daran anknüpfende Folge der Nichtigkeit eines erteilten Zuschlags nach § 13 Satz 4 VgV ist nicht auf den Fall einer unzureichenden Begründung der Vorabinformation nach § 13 Satz 1 VgV auszudehnen.
2. Bestimmungen in den Vergabungsordnungen, wonach der Zuschlag nicht auf ein sog. Unterangebot erteilt werden darf, können drittschützenden Charakter haben.
3. Auftraggeber nach VOL/A müssen vorher angegebene Zuschlagskriterien bei der Wertung berücksichtigen; nicht angegebene Kriterien dürfen grundsätzlich nicht berücksichtigt werden.
4. Im konkreten Fall: rechtmäßige Nichtberücksichtigung von Ortsansässigkeit, Entfernung zum Auftraggeber, Umweltschutzbefangenheit und Folgekosten für eine andere als die auf-

traggebende Gebietskörperschaft.

Nichtzustellung eines Nachprüfungsantrags

OLG Dresden, B. v. 4.7.02 – WVerg 11/02

LEITSATZ

Stellt die Vergabekammer einen Nachprüfungsantrag nicht zu, weil sie ihn für offensichtlich unbegründet hält, so ist eine sofortige Beschwerde des Antragstellers mit dem Ziel, das Zuschlagsverbot des § 115 Abs. 1 GWB mittels einer vom Beschwerdegericht unmittelbar veranlassten Zustellung herbeizuführen, grundsätzlich unstatthaft, solange eine den Nachprüfungsantrag ablehnende Entscheidung der Vergabekammer noch nicht ergangen ist.

HINWEIS

Den Bietern und Bewerbern steht bei Vergaben oberhalb der Schwellenwerte ein Nachprüfungsverfahren gem. §§ 102 ff. GWB zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Verfahren zur Verfügung. Hierbei wird der Rechtsschutz über die Vergabekammern in erster Instanz und über die Oberlandesgerichte als Beschwerdeinstanz gewährleistet. Nach dem Eingang des Nachprüfungsantrags bei der zuständigen Vergabekammer prüft diese zunächst die offensichtliche Unzulässigkeit und Unbegründetheit des Antrags nach § 110 Abs. 2 S. 1 GWB. Offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist der Antrag nur dann, wenn die

Mängel des Antrags sofort, d.h. ohne weitere Prüfung, auf der Hand liegen. Ist dies nicht der Fall, so stellt die Vergabekammer dem Auftraggeber als Antragsgegner den Antrag zu und fordert diesen zur Stellungnahme auf. Mit Zustellung gilt für den Auftraggeber das Zuschlagsverbot.

Im vorliegenden Fall hatte die Vergabekammer dem Bieter mitgeteilt, sie halte dessen Antrag für offensichtlich unbegründet und beabsichtige daher nicht zuzustellen. Hiergegen legte der Bieter Beschwerde beim Oberlandesgericht Dresden ein, um seinen Nachprüfungsantrag dem Auftraggeber unmittelbar durch das Oberlandesgericht zustellen zu lassen. Dies lehnte das Oberlandesgericht ab. Die Beschwerde sei bereits unzulässig, da es an einer Entscheidung der Vergabekammer fehle. Einen Rechtsbehelf in der Art einer hier begehrten "Untätigkeitsbeschwerde" kennt das Nachprüfungsverfahren nicht. Ob die Zulässigkeit der Beschwerde anders zu beurteilen wäre, wenn der Vergabekammer vorgeworfen werden müsste, sie habe die Zustellung des Nachprüfungsantrags in verfahrensfehlerhafter Weise verzögert, ließ das Gericht offen. Eine verfahrensfehlerhafte Verzögerung konnte im vorliegenden Fall schon nicht festgestellt werden.

Ausschluss eines geänderten Angebots

OLG Celle, B. v. 11.7.02 – 13 Verg 6/02

LEITSATZ

Verhandlungen im Rahmen des § 24 Abs. 1 VOL/A, die zu einer Änderung des Angebots führen, sind unzulässig. Die geänderte Leistung darf bei der Wertung der Angebote nicht berücksichtigt werden. Erklärt der Bieter in der Aufklärungsverhandlung, dass er nur die geänderte, nicht aber die ursprünglich angebotene Leistung erbringen kann, so liegt ein unvollständiges Angebot vor. Dieses kann nach § 25 Abs. 2 a VOL/A von der Wertung ausgeschlossen werden. Handelt es sich bei der Änderung um einen wesentlichen Teil der angebotenen Leistung mit der Folge, dass sich die Änderung auf die Stellung des Bieters im Wettbewerb mit den anderen Bietern im Vergabeverfahren auswirken kann, so ist das Ermessen des Auftraggebers dahin eingeschränkt, dass der Ausschluss des Angebots erfolgen muss.

Eignung des Bieters ♦ Punktbewertungssystem für Eignung

OLG Dresden, B. v. 23.7.02 – WVerg 7/02

LEITSATZ

1. Ein Bieter, der über keine von der Vergabestelle geforderten Erfahrungen mit der ausgeschriebenen Leistung verfügt, sondern mit einem innovativen Produkt erstmals den Marktzugang erstrebt ("New-

NEUE VERGABEVERORDNUNG IN KRAFT

Mit ihrer Bekanntmachung im Bundesgesetzblatt (BGBl. 2003 I S. 170) ist die neue Vergabeverordnung (VgV) am 15.02.2003 in Kraft getreten. Die Vergabeverordnung nimmt nunmehr auf die aktuellen Ausgaben der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB), der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) und der Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) bezug. Dies bedeutet, dass nunmehr auch die Standardformulare für die Bekanntmachung der europaweiten Ausschreibung zwingend anzuwenden sind (vgl. Newsletter 4-2002, S. 6).

Eine wesentliche Neuerung betrifft den Fristbeginn der Vorinformation nach § 13 VgV. Bislang ließ sich der Vorschrift des § 13 VgV nicht entnehmen, ob die 14-tägige Frist schon mit Absendung oder erst mit Zugang der Vorinformation beginnt. Infolgedessen kam es in der Rechtsprechung zu sich widersprechenden Entscheidungen (vgl. Newsletter 4-2002, dort S. 4). Nunmehr stellt § 13 Satz 2 VgV klar: "Er sendet diese Information in Textform spätestens 14 Kalendertage vor dem Vertragsschluss an die Bieter ab." Darüber hinaus wurden folgende Sätze eingefügt: "Die Frist beginnt am Tag nach der Absendung der Information durch den Auftraggeber. Auf den Tag des Zugangs der Information beim Bieter kommt es nicht an." Die bislang bestehende Unsicherheit ist mit der Klarstellung behoben. Zweifelsfrei ist für die Berechnung der Frist auf die Absendung der Information abzustellen. Dagegen kommt es nach dem neueingefügten Satz 4 nicht auf den Tag des Zugangs der Information an. Der Fristbeginn am Tag nach Absendung der Information ermöglicht dem Auftraggeber, den Zeitpunkt der frühesten Zuschlagserteilung schnell und sicher berechnen zu können.

Zudem wurde die bisherige Fassung "schriftlich" durch "in Textform" ersetzt, um zusätzliche Wege der schnellen Informationsübermittlung (Fax, E-Mail) zu ermöglichen. Nach § 126 b BGB bedarf es bei der Verwendung einer Textform weder einer Unterschrift noch einer digitalen Signatur. Im Allgemeinen erübrigt sich dadurch das zusätzliche Versenden eines unterschriebenen Schriftstückes oder die Anforderung einer Eingangsbestätigung der Bieter.

comer"), bleibt wegen fehlender Eignung mit seinem Angebot jedenfalls dann unberücksichtigt, wenn er es unterlassen hat, das Erfordernis von Erfah-

rungen in der Frist des § 107 Abs. 3 GWB zu beanstanden.

2. Dem hiernach im Ansatz ungeeigneten Bieter fehlt für einen Nachprüfungsantrag, der darauf gerichtet ist, gleichwohl

im Vergabeverfahren beteiligt zu bleiben, regelmäßig die Antragsbefugnis nach § 107 Abs. 2 GWB.

3. Die Eignung eines Bieters bestimmt sich grundsätzlich nicht allein aus der Person seines Inhabers oder organschaftlichen Vertreters, sondern aus der Unternehmensorganisation als Ganzes, welche die zu erbringende Leistung zu erbringen hätte. Ist die Eignung nach dem Ausschreibungsinhalt (auch) an Ergebnissen der bisherigen betrieblichen Tätigkeit des Bieters zu messen, so leitet sie sich aus der Summe der dabei im Unternehmen angesammelten Erfahrungen und Qualifikationen ab.

4. Ein Punktbewertungssystem für die Eignung von Bewerbern in einem Teilnahmewettbewerb muss die einzubeziehenden Wertungskriterien in ein nach Sachgesichtspunkten sinnvolles Verhältnis zueinander bringen und eine sachbezogene Ausfüllung zulassen; seine Verwendung ist nicht allein deshalb ohne weiteres unzulässig, weil es in diesem Rahmen Punkteskalen vorsieht, die nicht

jede denkbare Bewertungsabstufung im Vorhinein mit konkreten Punktansätzen versehen.

Nachprüfung der Vergabe von Teilaufträgen

OLG Celle, B. v. 5.9.02 – 13 Verg 9/02

LEITSATZ

Wird ein privates Bauunternehmen aufgrund einer europaweiten öffentlichen Ausschreibung mit der Errichtung eines Gesamtbauwerks beauftragt und schreibt dieses Unternehmen einen Teil der zu erbringenden Leistungen ent-

sprechend den ursprünglichen Ausschreibungsbedingungen später in Abstimmung mit dem ursprünglichen öffentlichen Auftraggeber aus, so unterliegt die Vergabe dieses Teilauftrags nicht der Nachprüfung gemäß §§ 102 ff. GWB.

OK-Vermerk und Zugang bei Fax-Übermittlung

OLG Thüringen, B. v. 9.9.02 – 6 Verg 4/02

LEITSATZ

(...)

3. Der Senat folgt der Auffassung des Kammergerichts, wonach die Frist des § 13 Satz 2 VgV erst mit Zugang der nach Satz 1 der Vorschrift vorgeschriebenen Information an den letzten nicht berücksichtigten Bieter beginnt. Bei Fax-Übermittlung ist jeweils der Telefaxausdruck am Empfängergerät maßgebend.

4. Auch wenn der OK-Vermerk im Sendebericht des Fax-Absenders weder vollen Beweis noch einen Anscheinsbeweis dafür begründet, dass das

VERORDNUNG ÜBER DAS "GEMEINSAME VOKABULAR FÜR ÖFFENTLICHE AUFTRÄGE - CPV"

Das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union haben mit der Verordnung über das Gemeinsame Vokabular für öffentliche Aufträge (Common Procurement Vocabulary – CPV, EG-Abl. L 340 v. 16.12.2002) ein einheitliches Klassifikationssystem für öffentliche Aufträge eingeführt. Danach werden ab dem 16.12.2003 Bekanntmachungen ohne Verwendung der dort normierten Ausdrücke für Auftragsgegenstände fehlerhaft und im Nachprüfverfahren angreifbar.

Telefaxschreiben dem Empfänger auch tatsächlich zugegangen ist, rechtfertigen es die im Wirtschafts- und Rechtsverkehr allgemein übliche Nutzung derartiger moderner Kommunikationsmittel und die gerichtsbekannt hohe Zuverlässigkeit bei der Übermittlung von Telefaxnachrichten, demjenigen, der sich auf den Nichtzugang eines ordnungsgemäß abge-

Berücksichtigung von Auftragskriterien

OLG München, B. v. 24.9.02 – Verg 16/02

LEITSATZ

1. Sind bei der Ausschreibung einer Architektenleistung nach HOAI Auftragskriterien weder in der Vergabebekanntmachung noch in der Aufgabenbeschreibung oder in der Aufforderung

nicht ein gegenständlich identisches Objekt betreffen.

Immobilienrecht

Kreditvermittlung an Immobilienfonds ♦ Anwendbarkeit des Verbraucherkreditgesetzes

KG Berlin, U. v. 8.5.02 – 25 U 251/01

LEITSATZ

1. Das Verbraucherkreditgesetz (§§ 491 ff BGB n.F.) kann grundsätzlich auch Anwendung finden, wenn ein Immobilienfonds in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die ausschließlich eigenes Vermögen verwaltet, (hier: zur Finanzierung eines Bauvorhabens) einen Kredit aufnimmt.

2. Anders ist es jedoch zu beurteilen, wenn der Kredit für eine bereits ausgeübte gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit der GbR bestimmt ist und nicht im Rahmen privater Vermögensverwaltung aufgenommen wurde. Davon ist auszugehen, wenn Art und Umfang der mit der Vermögensverwaltung verbundenen Geschäfte eine Komplexität erreicht haben, die einen planmäßigen Geschäftsbetrieb erfordert, wenn ein Beitritt zahlreicher weiterer Gesellschafter geplant ist, die Prospektierung des Vorhabens erfolgt ist und ein Kreditvermittler beauftragt ist, dessen Geschäftsführer gleichzeitig Gründungsgesellschafter ist.

3. Ein Kreditvermittlungsvertrag mit der GbR, in dem die Vermittlungsgebühr nicht in

MIETSPIEGEL 2002

Nach einer Erhebung des Ring Deutscher Makler (RDM) ist München die Stadt mit den höchsten Wohnpreisen in Deutschland. Danach liegt die bayerische Landeshauptstadt mit durchschnittlich 10 € pro m² einsam an der Spitze, gefolgt von Frankfurt/Main mit 8 € pro m², Köln und Darmstadt mit 7,20 € pro m² sowie Bonn, Düsseldorf und Heidelberg mit über 7 € pro m². Im Westteil von Berlin werden noch durchschnittlich 5 € pro m² verlangt. Die niedrigsten Mieten ermittelte der RDM in den Gebieten der ehemaligen DDR. In Cottbus, Berlin/Ost, Magdeburg und Potsdam müssen die Mieter deutlich weniger als 4 € pro m² zahlen. In seiner Mietübersicht hat der RDM die Nettokaltmieten ohne Betriebs- und Heizkosten verglichen, die bei Wiedervermietung einer nach 1949 fertig gestellten Dreizimmer-Wohnung von 70 m² verlangt werden.

sandten Telefaxschreibens beruft, höhere Anforderungen hinsichtlich des Bestreiten des Zugangs aufzuerlegen.

HINWEIS

Nach der Neufassung des § 13 VgV ist für die Berechnung der Frist zur Vorinformation nunmehr klargestellt, dass der Zeitpunkt der Absendung der Information entscheidend ist (zur Neufassung der VgV vgl. S. 7 des Newsletters).

zur Angebotsabgabe enthalten, kann eine Wertung nicht erfolgen, insbesondere auch nicht nach dem Kriterium des niedrigsten Preises.

2. § 16 Abs. 3 VOF räumt dem Auftraggeber bei Verhandlungsverfahren mit vorheriger Vergabebekanntmachung grundsätzlich ein Wahlrecht ein, ob er die Auftragskriterien in der Vergabebekanntmachung oder in der Aufgabenbeschreibung angibt.

3. Eine Architektenleistung ist dann mit einer ausgeschriebenen Leistung vergleichbar, wenn sie dieser ähnelt; sie muss

einem Vomhundertsatz des Darlehensbetrages angegeben ist, ist nicht gemäß § 15 Abs. 2 Verbraucherkreditgesetz (Schriftformerfordernis) nichtig, wenn das Verbraucherkreditgesetz nach den genannten Grundsätzen auf die GbR keine Anwendung findet.

Haustürgeschäft

OLG Karlsruhe, U. v. 16.5.02 – 11 U 10/01

LEITSATZ

1. Ist der Verbraucher durch vom Anbieter initiierte Verhandlungen in einer Haustürsituation zum Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds bestimmt worden und stellt die nachfolgende notarielle Beurkundung nur noch eine bloße Formalität dar, ist das Widerrufsrecht des Verbrauchers nicht nach § 1

Abs. 2 Nr. 3 Haustürwiderrufsgesetz in der Fassung vom 29. Juni 2000 ausgeschlossen. Enthält der Eintrittsantrag einen Hinweis auf das Erfordernis der notariellen Beurkundung, hat dies dann keine andere Beurteilung zur Folge, wenn der Hinweis nicht besonders hervorgehoben ist.

2. Die Beurkundung von nicht beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäften stellt eine unzulässige Umgehung i.S.d. § 5 Abs. 1 Haustürwiderrufsgesetz in der Fassung vom 29. Juni 2000 dar.

3. Der Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds ist kein Immobiliengeschäft i.S.d. Verbraucherschutzrichtlinie 85/577/EWG vom 20. Dezember 1985. Es handelt sich vielmehr um den Erwerb eines Gesellschaftsanteils.

(...)

HINWEIS

In der vorliegenden Entscheidung beschäftigt sich das OLG Karlsruhe mit dem Ausschluss des Widerrufsrechts bei Haustürgeschäften durch notarielle Beurkundung. Nach § 1 Abs. 2 Nr. 3 Haustürwiderrufsgesetz (nunmehr §§ 312 Abs. 3 Satz 3, 355 BGB n.F.) besteht das Widerrufs- bzw. das Rücktrittsrechts grundsätzlich nicht, wenn die Willenserklärung des Verbrauchers von einem Notar beurkundet worden ist. Denn durch die notarielle Beurkundung entfällt nach der Gesetzesbegründung die Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers. Dies solle auch dann gelten, wenn die Beurkundung nicht gesetzlich vorgeschrieben ist, sondern nur vertraglich vereinbart ist. Dem ist das OLG Karlsruhe in der vorliegenden Entscheidung entgegengetreten.

DRES. THEIßEN & STOLLHOFF

Intern

➤ **Fachseminare zur Novellierung der VOB und VOL:**

Aus Anlass der Novellierung der VOB sowie der VOL hält Rechtsanwalt und Notar Dr. Rolf Theißen bundesweit zahlreiche Fachseminare. In Berlin wurden ca. 160 Mitarbeiter aus Bauämtern und Planungsbüros in der neuen VOB/B- Ausgabe 2002 geschult.

➤ **Neue Veröffentlichungen der Kanzlei:**

Rechtsanwalt Dr. Stollhoff veröffentlicht zusammen mit den öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen Dipl. Ing. Georg Philipps und Dr. Jürgen Wieck ein Fachbuch zur vorsorglichen Beweissicherung im Bauwesen. Das Werk wird demnächst unter der Herausgeberschaft von Prof. Günter Zimmermann in der Fachbuchreihe „Schadensfreies Bauen“ im Frauenhofer IBR-Verlag, Stuttgart, erscheinen.

Das von den Rechtsanwälten Dr. Theißen und Dr. Stollhoff, Berlin, herausgegebene Fachbuch „Das neue Vertragsrecht“ wird – unter Berücksichtigung der VOB-Ausgabe 2002 und VOL-Ausgabe 2003 – demnächst in 2. Auflage erscheinen.

Als neues Update sind im Jehle-Rehm-Verlag die von Rechtsanwalt Dr. Theißen herausgegebenen „PC-Formulare: VOB/B für Auftraggeber“ erschienen; eingearbeitet wurden insbesondere die Neuerungen der VOB/B-Ausgabe 2002.

Auf einen Blick

Der gesetzliche Verzugszins nach § 288 BGB

1. Verbrauchergeschäfte (=Geschäfte, an denen ein Verbraucher beteiligt ist)

Fälligkeit der zu verzinsenden Forderung	Verzugszinsen			
	vor dem 01.05.2000	ab dem 01.05.2000	ab dem 01.01.2002	ab dem 01.01.2003
vor dem 01.05.2000	4 % (§ 288 S. 1 BGB a.F.)			
				Bei Dauerschuldverhältnissen ¹ : 5 % + Basiszinssatz (§ 288 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Art. 229 § 5 EGBGB)
ab dem 01.05. 2000	5 % + Basiszinssatz (§ 288 Abs. 1 Satz 1 BGB)			

2. Nichtverbrauchergeschäfte (=Geschäfte, an denen kein Verbraucher beteiligt ist)

Fälligkeit der zu verzinsenden Forderung	Verzugszinsen			
	vor dem 01.05.2000	ab dem 01.05.2000	ab dem 01.01.2002	ab dem 01.01.2003
vor dem 01.05.2000	5 %² (§ 352 Abs. 1 S. 1 HGB a.F.)			
				Bei Dauerschuldverhältnissen ¹ : 8 % + Basiszinssatz³ (§ 288 Abs. 2 i.V.m. Art. 229 § 5 EGBGB)
ab dem 01.05. 2000	5 % + Basiszinssatz³ (§ 288 Abs. 1 Satz 1 BGB)			
				Bei Dauerschuldverhältnissen ¹ : 8 % + Basiszinssatz³ (§ 288 Abs. 2 i.V.m. Art. 229 § 5 EGBGB)
aus Verträgen nach dem 01.01.2002	8 % + Basiszinssatz³ (§ 288 Abs. 2 i.V.m. Art. 229 § 5 EGBGB)			

¹ **DSV = Dauerschuldverhältnisse:** Vertragsverhältnis, das sich nicht in einmaligen Erfüllungshandlungen erschöpft, sondern eine Verpflichtung zu einem fortlaufenden Tun, Unterlassen oder Verhalten begründet. Bsp.: Miete, Pacht, Dienstverträge, Gesellschaftsvertrag, Leasing oder Franchising.

² Gilt nur für Handelsgeschäfte zwischen **Kaufleuten bzw. gleichgestellten juristischen Personen (oHG, KG, GmbH, AG)**. Im Übrigen beträgt der Zinssatz 4% (§ 288 S. 1 BGB a.F.).

³ Anders als § 352 Abs. 1 S. 1 HGB a.F. wurde mit § 288 Abs. 2 BGB nicht nur ein höherer Zinssatz für Kaufleute eingeführt, sondern für den gesamten **Rechtsverkehr unter Nichtverbrauchern**. Der Anwendungsbereich des § 288 Abs. 2 BGB erfasst daher auch alle nichtkaufmännischen Unternehmen, insbesondere die freien Berufe, Kleingewerbetreibende, nebenberufliche selbständige Tätigkeit, Idealvereine und die gesamte öffentliche Hand.