

Newsletter

der Rechtsanwälte Dres. Theißen & Stollhoff

Baurecht, Immobilienrecht, Ingenieurrecht, Vergaberecht

AKTUELLES AUS DER RECHTSPRECHUNG

Vergaberecht

Zulässigkeit von 1 Cent-Einheitspreisen, Aufklärungspflicht des Auftraggebers

OLG Rostock, B.v. 15.09.2004 - 17 Verg 4/04

LEITSATZ

- Einheitspreise von €0,01 auf diversen Einzelpositionen sind jedenfalls nicht ohne Aufklärung des Angebotsinhaltes als Verstoß gegen § 21 Abs. 1 Satz 3 VOB/A anzusehen.
- Allein die Eintragung von Einheitspreisen von €0,01 lässt nicht den Schluss zu, dass der Bieter die für einzelne Leistungspositionen anfallenden Preise auf verschiedene Einheitspreise anderer Leistungspositionen verteilt hätte.

HINWEIS

Bekanntlich hat der 10. Senat des Bundesgerichtshofs in seiner Entscheidung vom 18.05.2004 entschieden, dass Angebote, bei denen der Bieter die Einheitspreise einzelner Leistungspositionen im Wege einer "Mischkalkulation" auf andere Leistungspositionen umlegt, grundsätzlich von der Wertung auszuschließen sind. Dies bedeutet

aber nicht, dass ein Angebot automatisch auszuschließen ist, weil es Cent-Preise aufweist. Vielmehr muss sich die Vergabestelle gem. § 24 Nr.1 VOB/A zunächst über die Angemessenheit der Preise unterrichten. Dies wird zweckmäßigerweise dadurch

INHALT

Aktuelles aus der Rechtsprechung	1
Nachrichten aus der Bau- und Immobilienwirtschaft	
➤ Reform des Vergaberechts	2
➤ Schwellenwerte im Überblick	3
➤ Vergabehandbuch (VHB) aktualisiert	4
➤ Neues Merkblatt zu IT-Ausschreibungen	5
➤ Erfahrungsbericht zu "inversen Auktionen"	6
➤ Europäische Aktiengesellschaft - neue Möglichkeiten	7
➤ Gesetzgebungsvorhaben zum Anlegerschutz	8
Dres. Theißen & Stollhoff - Intern	11
Auf einen Blick	
Kündigungsmöglichkeiten im Bauvertragsrecht	12

Editorial

Für das neue Geschäftsjahr 2005 wünschen wir unseren Mandanten und Geschäftsfreunden Gesundheit und allen erdenklichen Erfolg.

Pünktlich zu Beginn des wirtschaftlich viel versprechenden Jahres 2005 erhalten Sie unseren aktuellen Kanzlei-Newsletter, Ausgabe 1-2005. Dieser informiert Sie über wichtige neue Urteile und aktuelle Entwicklungen im Vergabe-, Bau- und Immobilienrecht. Hervorzuheben sind die vergaberechtlichen Entscheidungen zur Wertung von Nebenangeboten sowie die Rechtsprechung des BGH zu Vertragsstrafklauseln in Altverträgen.

Dres. Theißen & Stollhoff

Impressum

Herausgeber:
Dres. Theißen & Stollhoff
Rechtsanwälte und Notar
Cuxhavener Straße 14
10555 Berlin
Telefon (030) 399776-0
Telefax (030) 399776-22

geschehen, dass der Bieter aufgefordert wird, die angebotenen 1-Cent-Positionen zu erklären. Gibt er an, es handle sich um eine "Mischkalkulation", ist er auszuschließen. Hat der Bieter allerdings schlüssige Erklärungen für seine Niedrigpreispositionen (z.B. Einkaufsrabatte, Verwertungserlöse), so ist kein zwingender Ausschlussgrund gegeben.

Anmerkung: Durch den Erlass des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen vom 28.10.2004 (Az. B 15-001080-114) sind die Vergabestellen im Geltungsbereich des VHB verpflichtet, bei unangemessen niedrigen Einheitspreisen schriftlich Aufklärung zu verlangen. (R.T.)

REFORM DES VERGABERECHTS

Die Arbeitsentwürfe vom 08.10.2004 zur Reform des Vergaberechts sehen sich erheblicher Kritik ausgesetzt. Derzeit werden die Entwürfe nochmals überarbeitet. Mit einer Verabschiedung durch das Bundeskabinett ist daher frühestens erst zum März oder April 2005 zu rechnen.

Verfassungsrechtlich wird kritisiert, dass der vorliegende Arbeitsentwurf die Gesetzgebungskompetenzen für Liefer- und Dienstleistungsvergaben unterhalb der Schwellenwerte nicht ausreichend berücksichtigt. Der Bund hat lediglich eine Rahmengesetzgebungskompetenz, die er möglicherweise durch die geplanten detaillierten materiellen Verfahrensvorschriften für den Bereich unterhalb der Schwellenwerte überschreitet.

Von Seiten der kommunalen Spitzenverbände wird ferner insbesondere eine möglichst weite Definition des In-house-Geschäftes sowie auch eine Freistellung der interkommunalen Zusammenarbeit vom Anwendungsbereich des Vergaberechts gewünscht.

Die Bauwirtschaft zielt in ihrer Kritik im Wesentlichen auf die derzeit vorgesehene Möglichkeit der freien Wahl des Vergabeverfahrens.

In Anbetracht der Vielzahl von Stellungnahmen und Reaktionen werden die Arbeitsentwürfe derzeit überprüft.

Vergaben an Nachbarkommunen

OLG Frankfurt, B.v. 07.09.2004 - 11 Verg 11/04

LEITSATZ

Die Übertragung des Einsammelns und des Transports von auf dem Gemeindegebiet anfallendem Hausmüll auf eine Nachbarkommune im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Vereinbarung unterliegt dem Vergaberecht. Es handelt sich um einen entgeltlichen Auftrag im Sinne des § 99 GWB.

HINWEIS

Das Oberlandesgericht Frankfurt stellt sich hier in eine Linie zu einer Entscheidung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 05.05.2004 – Verg 78/03). Danach sollen Beschaffungsvorgänge im Rahmen *interkommunaler Zusammenarbeit* ebenfalls dem Vergaberegime unterstellt werden. Beide Entscheidungen (OLG Frankfurt, OLG Düsseldorf) befassen sich mit der Übertragung von Aufgaben für die Müllentsorgung. Allerdings ist davon auszugehen, dass auch andere Bereiche hiervon betroffen sein könnten. Nach geltendem Vergaberecht ist deshalb bei Beschaffungsvorgängen im Rahmen einer interkommunalen Zusammenarbeit zu prüfen, ob die Aufgabenübertragung öffentlich auszuschließen ist. Aus Sicht der öffentlichen Auftraggeber ist darauf hinzuwirken, dass die anstehende Reform des Vergaberechts den Bereich der interkommunalen Zusammenarbeit aus dem Vergaberecht herauslöst. Naheliegender wäre hier die Aufnahme eines Ausnahmetatbestandes in § 100 Abs. 2 GWB. (R.T.)

Wertung von Nebenangeboten I

OLG Rostock, B.v. 24.11.2004 - 17 Verg 6/04

LEITSATZ

1. Nebenangebote - auch wenn sie zugelassen sind - dürfen nicht gewertet werden, wenn die Vergabestelle keine Zuschlagskriterien für eine Wertung mitteilt.
2. Die Vergabestelle muss in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen erläutern, die

etwaige Nebenangebote oder Änderungsvorschläge erfüllen müssen.

3. Auch die in den derzeitigen Vergabehandbüchern der öffentlichen Auftraggeber enthaltenen Formblätter für die Einreichung von Nebenangeboten stellen regelmäßig solche Anforderungen nicht dar. Aus ihnen ergibt sich nämlich nicht, welchen materiellen Mindestanforderungen die Nebenangebote genügen müssen.

4. Auch auf die Anforderungen, welche das Leistungsverzeichnis aufstellt, kann nicht zurückgegriffen werden. Das Leistungsverzeichnis befasst sich nur mit den Anforderungen, welche an das Hauptangebot gestellt werden.

Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen näher bezeichnet, welche Änderungsvorschläge und Nebenangebote erfüllen müssen.

HINWEIS ZU I-III

Die vorstehenden Entscheidungen des OLG Rostock, der Vergabekammer Nordbayern und der Vergabekammer Köln gründen auf einem Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 16.10.2003. Danach ist der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, in den Verdingungsunterlagen die *Mindestanforderungen* zu erläutern, die *Änderungsvorschläge und Nebenangebote* erfüllen müssen, damit sie bei der Wertung berücksichtigt werden. Im Umkehrschluss

bedeutet dies, dass Nebenangebote und Änderungsvorschläge nicht gewertet werden dürfen, wenn der Auftraggeber die Mindestanforderungen für Änderungsvorschläge

und Nebenangebote nicht näher bezeichnet. Für den Praktiker stellt sich die Frage nach der Sinnhaftigkeit dieser Rechtsprechung. Denn es besteht die Gefahr, dass gerade besonders innovative technische Nebenangebote ausgeschlossen werden müssen, weil die Vergabestelle diesen innovativen Ansatz nicht gesehen hat und daher hierfür auch keine Mindestbedingungen in den Vergabeunterlagen festgelegt hat. Kurz gesagt kann diese Rechtsprechung innovationshemmend wirken. Zu Recht hat daher die Vergabekammer Schleswig-Holstein mit Beschluss vom 03.11.2004 – VK-SH 28/04 – entschieden, dass die Benennung derartiger technischer Mindestbedingungen für die Wertbarkeit von Nebenangeboten nicht relevant sei. Den Vergabestellen ist derzeit allerdings zu raten, zumindest für Leistungspositionen, bei denen Nebenangebote zu erwarten sind, im Rahmen des Möglichen technische Mindestbedingungen anzugeben. (R.T.)

SCHWELLENWERTE IM ÜBERBLICK

	Bauleistungen	Dienstleistungen und Lieferungen		
		Klassischer Bereich		Sektorenbereich
		Bundesbehörden usw.	Andere Auftraggeber	
Neue EU-Richtlinien	6.242.000,- €	162.000,- €	249.000,- €	499.000,- €
Entwurf VgV	5.900.000,- €	150.000,- €	230.000,- €	470.000,- €
Geltendes Recht	5.000.000,- €	130.000,- €	200.000,- €	400.000,- €

Wertung von Nebenangeboten II

VK Nordbayern, B.v. 06.08.2004 - 320.VK-3194-26/04

LEITSATZ

Der Auftraggeber kann Nebenangebote nur dann einer wirtschaftlichen Wertung zuführen, wenn er die Mindestbedingungen für die Nebenangebote in den Verdingungsunterlagen festgelegt hat (Art. 19 Abs. 1 und 2 BKR). Es ist unerheblich, ob es sich bei den Nebenangeboten um technische oder nichttechnische Nebenangebote handelt.

Wertung von Nebenangeboten III

VK Köln, B.v. 22.06.2004 - VK VOB 14/2004

LEITSATZ

Nebenangebote und Änderungsvorschläge dürfen bei der Vergabe nur gewertet werden, wenn der

Antragsbefugnis eines Bieters im Nachprüfungsverfahren

BayObLG, B.v. 22.06.2004 - Verg 13/04

LEITSATZ

1. Ein Schaden kann nur dann drohen, wenn das antragstellende Unternehmen bei korrekter Wertung Aussicht auf Erteilung des Zuschlags hat. Ist das Angebot eines Antragstellers auszuschließen, kann er keine konkrete Aussicht auf Erteilung des Zuschlages haben; eine Antragsbefugnis ist nicht gegeben.
2. Der Bieter muss, wenn er Fehler oder Unklarheiten im Leistungsverzeichnis entdeckt, dies dem öffentlichen Auftraggeber unverzüglich mitteilen, damit der öffentliche Auftraggeber in die Lage versetzt wird, diesen Fehler noch zu heilen.
3. Unterlässt ein Bieter dies, so kann er sich nach Abgabe seines Angebotes nicht mehr auf Fehler oder Unklarheiten im Leistungsverzeichnis berufen. Zumindest ist er mit dieser Rüge nach § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB ausgeschlossen.
4. Aus dem Wortlaut von Art. 19 Abs. 2 Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG ergibt sich, dass der Auftraggeber verpflichtet ist, in den Ver-

dingungsunterlagen die Mindestanforderungen zu erläutern, die Änderungsvorschläge erfüllen müssen.

Nichtigkeitfolge des § 13 Satz 6 VgV bei de-facto-Vergabe?

KG, B.v. 11.11.2004 - 2 Verg 16/04

LEITSATZ

1. Die Nichtigkeitfolge des § 13 Satz 6 VgV ist auf sog. de-facto-Vergaben nicht entsprechend anwendbar.
2. Es bleibt offen, ob die Nichtigkeitfolge einer de-facto-Vergabe bei gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung aus § 134 BGB herzuleiten ist.
3. Zu den Voraussetzungen, unter denen eine de-facto-Vergabe im Einzelfall gegen § 138 BGB verstößt (hier bejaht).

HINWEIS

Im vorliegenden Rechtsstreit hat eine Wohnungsbaugesellschaft, deren Geschäftsanteile mittelbar zu 100% von einer Gebietskörperschaft gehalten

VERGABEBANDBUCH (VHB) AKTUALISIERT

Mit Schreiben vom 23.11.2004 hat das Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen die elektronische Austauschlieferung – Stand: Oktober 2004 – für das "Vergabehandbuch für die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes im Zuständigkeitsbereich der Finanzbauverwaltungen (VHB) – Ausgabe 2002" zur Verfügung gestellt. Folgende inhaltliche Änderungen sind eingearbeitet worden:

1. Umsetzung der Bemerkungen des Bundesrechnungshofes 2004 zur Haushalts- und Wirtschaftsführung,
2. Umsetzung der Urteile des OLG Frankfurt vom 03.06.2003 – 1 U 26/01 – und des BGH-Urteils vom 22.01.2004 – VII ZR 419/02 (Überarbeitung der BwB und der ZVB im Hinblick auf Abweichungen zu den Regelungsinhalten der VOB),
3. Zulässigkeit von Änderungsvorschlägen und Nebenangeboten,
4. vollständige Überarbeitung der Richtlinien der §§ 3 – 18 B,
5. Anwendungsbereich der beschränkten Ausschreibung,
6. Vergabestatistiken,
7. Hinweise für Veröffentlichungen,
8. Sonstige Regelungen (Auszüge aus dem Gewerbezentralregister, einheitliche Berechnung der Lohnleitklausel, Bekämpfung der Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs).

werden, Aufträge zur Erbringung der Hauswarserviceleistungen für den von ihr verwalteten Wohnungsbestand ohne – wie erforderlich - europaweites Ausschreibungsverfahren vergeben. Auch eine Bieterinformation nach § 13 Satz 1 VgV vor der Auftragserteilung erfolgte nicht, was bei einem Vergabeverfahren die Nichtigkeit der geschlossenen Serviceverträge zur Folge hätte. Nach Auffassung des Kammergericht sei § 13 VgV mit Blick auf den Wortlaut der Norm und ihren Ausnahmecharakter bei de-facto-Vergaben nicht anwendbar (streitig). Im Gegensatz zu OLG Düsseldorf (VergabeR 2004, 216, 219) erwägt das Kammergericht allerdings, die Nichtigkeitsfolge nach § 134 BGB i.V.m. § 97 Abs. 1, § 101 Abs. 1 GWB, § 4 Abs. 1 VgV festzustellen. Nach der Rechtsprechung des EuGH stellen die unter Missachtung der europäischen Vergabebestimmungen geschlossenen Verträge während der gesamten Dauer ihrer Erfüllung eine Beeinträchtigung des freien Dienstleistungsverkehrs dar. Zwar gestattet Artikel 2 Absatz 6 der Richtlinie 89/665 den Mitgliedstaaten, die Befugnisse der Nachprüfungsinstanzen nach dem Vertragsschluss im Anschluss an die Zuschlagserteilung darauf zu beschränken, einer durch einen Verstoß gegen das gemeinschaftliche Vergaberecht geschädigten Person Schadensersatz zuzuerkennen. Diese Befugnis verbietet indes nicht die Suche nach Möglichkeiten, das nationale Recht in den Grenzen seines Wortlauts so anzuwenden, dass Schädigungen von Vermögensinteressen der Bieter gar nicht erst eintreten können, indem die Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht rechtzeitig behoben werden. Im vorliegenden Fall wurde jedoch die Nichtigkeit der geschlossenen Verträge wegen Verstoßes gegen § 138 BGB festgestellt, weshalb es keiner Divergenzvorlage bedurfte. (J.B.)

NEUES MERKBLATT ZU LEISTUNGSBESCHREIBUNGEN BEI IT-AUSSCHREIBUNGEN

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit (BMWA) sowie das Bundesministerium des Inneren (BMI) haben am 03.12.2004 ein Merkblatt zu Leistungsbeschreibungen bei IT-Ausschreibungen veröffentlicht.

Nach Auffassung beider Ministerien kommt es bei der Ausschreibung von IT-Dienstleistungen häufig zu Diskriminierungen von bestimmten Anbietern, da z.B. unzulässigerweise auf bestimmte Marken in Leistungsverzeichnissen Bezug genommen wird. Eine Alternative hierzu bieten Benchmarkverfahren. BMWA und BMI haben zu diesem Thema ein Merkblatt entwickelt, das den kommunalen Spitzenverbänden Anfang Dezember 2004 übersandt wurde. Hiernach ist – in Entsprechung zum deutschen und zum europäischen Vergaberecht – grundsätzlich die Nennung von Markennamen bei der Beschreibung einer zu beschaffenden Leistung verboten.

Die Nennung eines bestimmten Markennamens (z.B. Lieferung eines Computers mit einem Prozessor der Marke xy) ist in jedem Fall unzulässig. Die Nennung eines bestimmten Markennamens mit dem Zusatz "oder gleichwertig" ist ebenfalls unzulässig, wenn eine anderweitige Beschreibung des Leistungsgegenstandes möglich ist. Die Tatsache, dass es einfacher ist, auf eine bereits bekannte Marke mit oder ohne Hinweis "oder gleichwertig" Bezug zu nehmen, rechtfertigt keine derartige Leistungsbeschreibung. Das Merkblatt zur diskriminierungsfreien Leistungsbeschreibungen bei IT-Ausschreibungen gibt darüber hinaus weiterführende Hinweise zur rechtlichen Bewertung sowie für die Anwendung von Benchmarkverfahren. Das Merkblatt ist abrufbar unter <http://www.dstgb-vis.de>

Baurecht

Vertrauensschutz bei Altverträgen mit Vertragsstrafen von 10%

BGH, Urteil vom 08.07.2004 - VII ZR 24/03

LEITSATZ

1. Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers enthaltene Vertragsstrafenklausel mit einer Obergrenze von 10 % in einem Bauvertrag mit einer für die Vertragsstrafe maßgeblichen Abrechnungssumme ab 15 Millionen DM ist auch dann unwirksam, wenn der Vertrag vor dem Bekannt werden der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 23. Januar 2003 - VII ZR 210/01, BGHZ 153, 311 geschlossen worden ist.
2. Bei Verträgen unterhalb einer Abrechnungssumme von 15 Millionen DM kann Vertrauensschutz nur für Verträge in Anspruch genommen werden, die bis zum 30. Juni 2003 geschlossen worden sind.

HINWEIS

Mit der Grundsatzentscheidung vom 23.01.2003 (Newsletter 2-2003, S. 1) hatte der BGH – teilweise in Abweichung von seiner bisherigen Rechtsprechung – entschieden, dass eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers enthaltene Vertragsstrafenklausel in einem Bauvertrag den Auftragnehmer unangemessen benachteilige, wenn sie eine Höchstgrenze von über 5 % der Auftragssumme vorsieht. Allerdings bestehe für Verträge, die vor dem Bekannt werden dieser Entscheidung geschlossen wurden und deren Auftragssummen ca. 13 Mio. DM nicht übersteigen, hinsichtlich der Zulässigkeit der Obergrenze von bis zu 10% Vertrauensschutz. Mit der vorliegenden Entscheidung hat der BGH den Umfang des Vertrauensschutzes konkretisiert. Die Grenze für "Altfälle" vor Bekannt werden der

Grundsatzentscheidung verlaufe bei Verträgen mit Abrechnungssummen von genau 15 Mio. DM. In einem "obiter dictum" begrenzt der Senat zudem in zeitlicher Hinsicht den Vertrauensschutz auf den Ablauf des 30.06.2003. Danach geschlossene Bauverträge mit einer Vertragsstrafenobergrenze über 5% genießen keinen Vertrauensschutz. Die vom Auftraggeber gestellte Vertragsstrafenklausel wäre dann nichtig. (J.B.)

Werkunternehmersicherheit nach Abnahme

BGH, U.v. 09.12.2004 - VII ZR 199/03

LEITSATZ

1. § 648a BGB gibt dem Unternehmer auch nach der Abnahme das Recht, eine Sicherheit zu verlangen, wenn der Besteller noch Erfüllung des Vertrages (Mängelbeseitigung) fordert.
2. Nach dem fruchtlosen Ablauf der unter Ablehnungsandrohung gesetzten Nachfrist für die Sicherheitsleistung kann der Unternehmer die vereinbarte Vergütung, abzüglich des infolge eines Mangels entstandenen Minderwerts, verlangen.

HINWEIS

Erneut hat sich der BGH mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob ein Unternehmer auch noch nach der Abnahme Sicherheit nach § 648a BGB verlangen kann. Mit Urteil vom 22.01.2004

ERFAHRUNGSBERICHT ZU "INVERSEN AUKTIONEN"

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit hat einen Erfahrungsbericht zu "inversen Auktionen im öffentlichen Bereich" veröffentlicht. Der Bericht wertet insgesamt 13 elektronische Auktionen aus. Der Erfahrungsbericht kann im Internet unter folgender Adresse heruntergeladen werden: <http://www.bmwa.bund.de/redaktion/inhalte/Pdf/erfahrungsbericht-zu-inversen-auktionen>

(Newsletter 1-2004, S. 2) hatte sich der BGH bereits der überwiegenden obergerichtlichen Rechtsprechung (Newsletter 4-2002, S. 1 f.) angeschlossen, die dem Unternehmer dieses Recht zugesprochen hat, wenn der Auftraggeber seinerseits noch Mängelbeseitigung fordert. In der vorliegenden Entscheidung bestätigt der BGH diese Auffassung. Setzt der Unternehmer dem Auftrag-

geber erfolglos eine Nachfrist zur Sicherheitsbestellung mit der Androhung, dass er anderenfalls die Mängelbeseitigung ablehnen werde, stehe dem Unternehmer, so der BGH in Fortführung seiner Rechtsprechung, allerdings lediglich die um den mängelbedingten Minderwert gekürzte Vergütung und Ersatz des Vertrauensschadens zu. (J.B.)

Abrechnung eines vorzeitig beendeten Pauschalpreisvertrages

BGH, U.v. 25.11.2004 - VII ZR 394/02

LEITSATZ

Der Auftragnehmer, der bis zur vorzeitigen Beendigung eines Pauschalpreisvertrages nur geringfügige Teilleistungen erbracht hat, kann die ihm zustehende Mindestvergütung in der Weise abrechnen, dass er die gesamte Leistung als nicht

sowie des Preisansatzes für die Teilleistung zum Pauschalpreis darzulegen. Die Abrechnung muss auf der Grundlage des Vertrages erfolgen und den Auftraggeber in die Lage versetzen, sich sachgerecht zu verteidigen.

Im zu entscheidenden Fall erfüllte die Schlussrechnung diese Anforderungen nicht. Gleichwohl konnte sich der Auftraggeber vorliegend nicht auf die fehlende Prüfbarkeit berufen, weil dieser Einwand von ihm erst nach Ablauf der zweimonatigen Prüfungsfrist nach § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B erhoben wurde. Nach Auffassung des BGH könne daher die Klage jedenfalls nicht mit der Begründung als derzeit unbegründet abgewiesen werden, eine prüfbare Schlussrechnung sei nicht erstellt. Zudem hält der BGH die Abrechnung eines vorzeitig beendeten Pauschalpreisvertrages, bei dem nur geringfügige Teilleistungen erbracht wurden, für prüffähig, wenn der Auftragnehmer zu seinen Ungunsten die gesamte Leistung als nicht erbracht zugrunde legt und von dem Pauschalpreis

EUROPÄISCHE AKTIENGESELLSCHAFT BIETET NEUE MÖGLICHKEITEN

Am 29.12.2004 trat das Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) in Kraft. Auf Grundlage dieses Gesetzes können nunmehr Aktiengesellschaften in Form der Europäischen Gesellschaft (Societas Europaea, kurz SE) gegründet werden. Die Europäische Gesellschaft ist eine EU-weit einheitliche Kapitalgesellschaft. Die SE kann in jedem Mitgliedstaat der EU gegründet werden. Der Satzungssitz einer SE kann identitätswahrend jederzeit von einem Mitgliedstaat in den anderen verlegt werden. Das gezeichnete Kapital der Europäischen Aktiengesellschaft muss mindestens €120.000,00 betragen. Im Rahmen der Leitungssysteme der SE kann zwischen dem – in Deutschland bekannten – Modell der Trennung von Vorstand und Aufsichtsrat oder dem – in England und Frankreich üblichen – Modell des einheitlichen Verwaltungsrates gewählt werden.

erbracht zu Grunde legt und von dem Pauschalpreis die hinsichtlich der Gesamtleistung ersparten Aufwendungen absetzt.

HINWEIS

Immer wieder kommt es in der Baupraxis zum Streit, wie ein vorzeitig beendeter Pauschalpreisvertrag prüfbar abzurechnen ist. In der vorliegenden Entscheidung bestätigt der BGH seine bisherige Rechtsprechung. So hat der Auftragnehmer zur Abrechnung eines vorzeitig beendeten Pauschalpreisvertrages die erbrachten Leistungen vorzutragen, diese von dem nicht ausgeführten Teil abzugrenzen und das Verhältnis der bewirkten Leistungen zur vereinbarten Gesamtleistung

nur die ersparten Aufwendungen absetzt. Es ist unschädlich, dass der Auftragnehmer zur Vereinfachung seiner Schlussrechnung auf einen Teil seines Vergütungsanspruches verzichtet. (J.B.)

Mängelhaftung bei Kellersanierung

LG Magdeburg, U.v. 03.04.2004 - 10 O 819/03

LEITSATZ

Verkauft der Bauträger an die Erwerber einen sanierten Altbau unter Aufzählung der Sanierungsmaßnahmen in einer notariellen Baubeschreibung, schuldet er keine - fehlende - Keller-

GESETZGEBUNGSVORHABEN IM BEREICH DES ANLEGERSCHUTZES

Im Rahmen des sog. Zehn-Punkte-Programms der Bundesregierung zur Stärkung der Unternehmensintegrität und des Anlegerschutzes stehen zwei weitere Gesetzesvorhaben an:

Am 16.11.2004 beschloss das Bundeskabinett den Entwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) sowie den Entwurf eines Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetzes (KapMuG).

Das UMAG hat zwei Schwerpunkte: Zum einen wird die Durchsetzung von Klagen gegen Gesellschaftsorgane erleichtert. Nach dem vorliegenden Entwurf können Aktionäre, deren Anteil 1 % des Grundkapitals oder einen Börsenwert von 100.000,00 € erreichen, den Anspruch der Gesellschaft aus einer Pflichtverletzung gegen Organmitglieder einklagen. Zur Vermeidung missbräuchlicher Klagen wird ein gerichtliches Zulassungsverfahren als Vorverfahren eingeführt. In einem zweiten Schwerpunkt des UMAG wird das Recht der Hauptversammlung modernisiert. Nach dem vorliegenden Entwurf kann der Versammlungsleiter das Rede- und Fragerecht der Aktionäre zeitlich begrenzen. Häufige Fragen können vorab beantwortet werden, indem Fragen und Antworten auf der Internetseite des Unternehmens veröffentlicht werden.

Mit dem Entwurf des KapMuG wird Anlegern die Möglichkeit eröffnet, Klagen wegen falscher oder unterlassener Kapitalmarktinformationen zu bündeln und ein Verfahren als Musterverfahren zu betreiben. Das Landgericht, bei dem mindestens zehn vergleichbare Klageanträge vorliegen, kann einen Fall als Musterverfahren an das zuständige übergeordnete Oberlandesgericht zur Entscheidung weiterleiten.

Für das KapMuG ist nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens ein sofortiges In-Kraft-Treten und für das UMAG ein In-Kraft-Treten zum 01.11.2005 beabsichtigt.

Demgegenüber ist der Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Haftung für falsche Kapitalmarktinformationen (Kapitalmarktinformationshaftungsgesetz – Kap-InHaG) nach der Expertenanhörung vom 29.10.2004 zunächst vom Tisch.

isolierung, wenn diese laut Baubeschreibung nicht geschuldet ist.

HINWEIS

Ein häufiger Streitpunkt beim Verkauf sanierter Altbauten ist die Reichweite des regelmäßig vereinbarten Gewährleistungsausschlusses für die Altbausubstanz. Vorliegend lag dem Kaufvertrag eine genaue Sanierungs- und Ausbaubeschreibung zugrunde, die im Bereich der Kellerwände und -decken lediglich das Reinigen und Aufbringen von Wischputz vorsah. Die Erwerber monieren nunmehr Putzschäden im Kellerbereich, die auf die Feuchtigkeit im Keller zurückzuführen seien. Der Bauträger beruft sich auf den vertraglichen Haftungsausschluss hinsichtlich der Altbausubstanz und wendet ein, die begehrte Horizontal- und Vertikalsperre im Keller sei nicht geschuldet. Zu Recht: Nach Auffassung des angerufenen Landgerichts Magdeburg sei nach der Baubeschreibung lediglich das Aufbringen von Wisch-

putz vorgesehen, mehr nicht. Auch die sonstigen Umstände ließen keinen anderen Schluss zu.

Diese Entscheidung zeigt: Will ein Bauträger eine Inanspruchnahme für die verbleibende Bausubstanz vermeiden, ist für einen hinreichenden Haftungsausschluss eine genaue Leistungsbeschreibung unverzichtbar. (J.B.)

Mängelansprüche nach Kündigung des Bauvertrages

OLG Brandenburg, U.v. 03.11.2004 - 4 U 61/02

LEITSATZ

Im Falle einer Kündigung durch den Auftraggeber aus wichtigem Grund ergibt sich der Anspruch auf Ersatz der Mangelbeseitigungskosten aus § 8 Nr. 3, § 4 Nr. 7 VOB/B; ist ein wichtiger Grund nicht anzuerkennen, ergibt sich der Ersatzanspruch aus § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B. Der Auf-

traggeber behält nämlich auch nach Entziehung des Auftrags durch einfache Kündigung das Recht, die Beseitigung von Mängeln an den bis zur Kündigung bereits erbrachten Leistungen zu fordern.

Folgen eines Nachtragsauftrages

KG, U.v. 04.11.2004 - 10 U 300/03

LEITSATZ

Ist eine Leistung bereits im Hauptauftrag enthalten, wird aber gleichwohl ein Nachtrags- oder Zusatzauftrag erteilt, so hat der Auftraggeber die Leistung entsprechend der spezielleren Regelung des Zusatzauftrags zu vergüten.

HINWEIS

Nicht selten werden während des Bauvorhabens Nachträge und Zusatzaufträge erteilt, bei denen sich im Rahmen der Rechnungsprüfung herausstellt, dass die nachträglich beauftragte Leistung bereits vom Hauptauftrag umfasst ist. Nach Auffassung des KG müsse der Bauherr gleichwohl diese Leistung im Rahmen des Nachtrages bzw. des Zusatzauftrages nochmals vergüten. Nur im Wege der Anfechtung, die allerdings unverzüglich zu erklären wäre, könne die Vergütungspflicht beseitigt werden.

Die Auffassung des KG überzeugt nicht. Nach der Rechtsprechung des BGH sind in Nachtragsvereinbarungen lediglich bestätigende Rechtsgeschäfte zu sehen, die kondizierbar sind, wenn sich später das Fehlen der Grundlage für den Abschluss der Nachtragsvereinbarung herausstellt. Gleichwohl sollten Bauherren künftig vor Beauftragung eines Nachtrages bzw. eines Zusatzauftrages noch genauer prüfen, ob diese Leistungen nicht bereits im Hauptvertrag enthalten sind. (J.B.)

Architektenrecht

Ausschreibung von Ingenieurleistungen

BGH, U.v. 11.11.2004 - I ZR 156/02

LEITSATZ

Zur wettbewerblichen Haftung des Auftraggebers, der Ingenieurleistungen ausschreibt, wenn die gemäß der Ausschreibung vorgenommenen Honorarberechnungen der Ingenieure gegen die HOAI verstoßen.

HINWEIS

Im vorliegenden Rechtsstreit hatte der BGH über eine Klage der Zentrale zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Bad Homburg, zu entscheiden. Diese hielt Ausschreibungstexte für wettbewerbswidrig, in denen die für die Berechnung nach der HOAI erforderlichen Angaben zu den Grundlagen des Honorars (z.B. zur Honorarzone) für die ausgeschriebenen Ingenieurleistungen fehlen. Der BGH ist dem nicht gefolgt und knüpft hiermit an seine bisherige Rechtsprechung an (vgl. Newsletter 3-2003, S. 6). Die Beachtung des zwingenden Preisrechts der HOAI obliege danach den Architekten und Ingenieuren, nicht aber deren Auftraggebern. Der Auftraggeber von Ingenieur- oder Architektenleistungen sei nicht verpflichtet, bereits die Ausschreibung der Leistungen so vorzunehmen, dass sie alle für die Ermittlung der Sätze nach der HOAI erforderlichen Angaben enthält. (J.B.)

Beratung über die voraussichtlichen Baukosten

BGH, U.v. 11.11.2004 - VII ZR 128/03

LEITSATZ

1. Der Architekt schuldet dem Besteller eine zutreffende Beratung über die voraussichtlichen Baukosten. Sind Kostenschätzungen zu besonderen Zwecken, wie zur Unterstützung von Kreditanträgen oder Förderanträgen, unzutreffend, so hat der Architekt im Rahmen der Beratungspflicht darauf hinzuweisen, dass diese Kostenschätzun-

gen keine Grundlage für die Investitionsentscheidung sein können.

2. (...)

HINWEIS

Der Architekt schuldet im Rahmen des Architektenvertrages in den verschiedenen Planungs- und Ausführungsphasen die jeweils vertraglich vereinbarten Kostenermittlungen. Diese sollen den Auftraggeber in die Lage versetzen, zu entscheiden, ob er das Bauvorhaben so, wie es geplant ist, durchführen will oder nicht. Die Kostenermittlungen im Planungsstadium (die sog. Kostenschätzung und Kostenberechnung) sollen dem Auftraggeber eine Vorstellung von den ungefähren Gesamtkosten vermitteln. Im sog. Kostenanschlag werden auf der Grundlage der Kostenangebote für alle Gewerke die anrechenbaren Kosten ermittelt. Die Kostenfeststellung dokumentiert dagegen nach vollständiger Fertigstellung des Bauvorhabens die tatsächlich entstandenen Baukosten. Diese Pflicht des Architekten zur Erstellung der Kostenermittlungen erfährt keine Einschränkung dadurch, dass seine Kostenangaben zu besonderen Zwecken benötigt werden. Sofern sich aus den Umständen nichts besonderes ergibt, darf der Auftraggeber davon ausgehen, dass die abgegebenen Kostenschätzungen zutreffend sind. Andernfalls muss der Architekt über die Schwächen der Kostenangaben aufklären. Er muss darüber aufklären, dass seine Kostenangaben zur Beantragung von Krediten oder von Förderungsmöglichkeiten ungenau oder sogar fehlerhaft sein können und deshalb keine geeignete Grundlage für die Investitionsentscheidung darstellen. (J.B.)

Bestimmung der anrechenbaren Kosten

BGH, U.v. 30.09.2004 - VII ZR 192/03

LEITSATZ

1. Planungsleistungen im Sinne des § 52 Abs. 7 Nr. 1 HOAI sind nur solche Planungen, die sich direkt auf das Herrichten des Grundstücks beziehen.
2. Kosten der zur Autobahn gehörenden Fernmeldeanlagen, die der Objektplaner nicht fachlich plant, sind anteilig gemäß § 52 Abs. 3 i.V.m. § 10

Abs. 4 Satz 1 HOAI in die Honorarberechnung des Objektplaners einzubeziehen.

3. Für eine Autobahn errichtete Regenrückhaltebecken und Lärmschutzwälle sind gesonderte Ingenieurbauwerke (§ 51 Abs. 1 HOAI) neben der Verkehrsanlage (§ 51 Abs. 2 HOAI) und sind dementsprechend getrennt von dieser abzurechnen.

Immobilienrecht

Kein außerordentliches Kündigungsrecht des Mieters bei selbst zu vertretender Störung

BGH, U.v. 10.11.2004 - XII ZR 71/01

LEITSATZ

Der Mieter ist nicht nach § 543 BGB (§ 542 BGB a.F.) zur außerordentlichen fristlosen Kündigung berechtigt, wenn er die Störung des vertragsgemäßen Gebrauchs (hier durch einen Wasserschaden) selbst zu vertreten hat. Ist die Schadensursache zwischen den Vertragsparteien streitig, trägt der Vermieter die Beweislast dafür, dass sie dem Obhutbereich des Mieters entstammt. Sind sämtliche Ursachen, die in den Obhut- und Verantwortungsbereich des Vermieters fallen, ausgeräumt, trägt der Mieter die Beweislast dafür, dass er den Schadenseintritt nicht zu vertreten hat.

Voreigentümer muss auch nach Eigentumswechsel "alte" Betriebskosten abrechnen

BGH, U.v. 29.09.2004 - XII ZR 148/02

LEITSATZ

Der Voreigentümer einer gewerblich vermieteten Immobilie bleibt auch nach dem Verkauf verpflichtet, die Betriebskosten für die Zeit, in der er Eigentümer und Vermieter war, abzurechnen. Er muss Guthaben erstatten bzw. darf Nachforderungen verlangen. Der Mieter kann aus diesem Abrechnungsverhältnis gegenüber dem neuen Eigentümer keine Rechte ableiten.

DRES. THEIßEN & STOLLHOFF**INTERN****➤ Rückblick:**

Die Kanzlei Dres. Theißen & Stollhoff blickt auf ein überaus erfolgreiches Geschäftsjahr 2004 zurück.

Im Jahr 2004 konnten zahlreiche Großverfahren für öffentliche und private Auftraggeber erfolgreich abgeschlossen werden. Im Baurecht lag der forensische Schwerpunkt in der Nachtragsabwehr, der Durchsetzung von Mängel- und Schadensersatzansprüchen sowie der Durchführung von selbständigen Beweisverfahren. Die Verfahren wurden im Auftrag von Bundesländern, Kommunen, kommunalen Unternehmen, Investoren- und Fondsgesellschaften sowie namhaften Immobilienunternehmen geführt. Im Vergaberecht wurden auch 2004 eine Vielzahl von Nachprüfungsanträgen im Rahmen von europaweiten Ausschreibungen des Infrastrukturbereichs erfolgreich abgewehrt. Diese Kernkompetenz der Kanzlei wurde von namhaften Sektorenauftraggebern in Anspruch genommen. Ein weiterer forensischer Schwerpunkt lag in der Durchsetzung von Ansprüchen aus Bürgschaften und sonstigen Sicherungsmitteln. Bei der Verwertung von Sicherheiten wurden bundesweit agierende Unternehmen des Immobilien- und Finanzsektors sowie namhafte Energieunternehmen erfolgreich vertreten.

Im Rahmen der umfassenden Beratungstätigkeit der Kanzlei wurden im Jahr 2004 unter anderem mehrere europaweite Vergabeverfahren, vornehmlich im Infrastrukturbereich, rechtlich konzipiert und begleitet. Es wurden zahlreiche Vertragsprüfungen durchgeführt und Rechtsgutachten zu wichtigen vertrags-, vergabe- und kommunalrechtlichen Fragen erstellt. Die baubegleitende Rechtsberatung mehrerer Projekte wurde erfolgreich fortgesetzt. Das Notariat der Kanzlei war insbesondere im Gesellschaftsrecht tätig.

Darüber hinaus hat die Kanzlei Dres. Theißen & Stollhoff auch 2004 zahlreiche Fachseminare im Bau-, Vergabe- und Vertragsrecht durchgeführt. Ein besonderer Schwerpunkt wurde im letzten Jahr auf die Schulung von Kompetenzträgern und Fachabteilungen privater und öffentlicher Auftraggeber des Infrastrukturbereichs gelegt.

➤ Ausblick:

Die Planungen der Kanzlei für das erste Halbjahr 2005 sind abgeschlossen. Die Publikation mehrerer Fachveröffentlichungen in unseren Spezialgebieten, eine Erweiterung unseres Inhouse-Seminarangebots sowie eine personelle Aufstockung des Anwaltsbereichs sind für das erste Halbjahr des neuen Geschäftsjahres vorgesehen.

➤ Neue Kanzlei-Homepage:

Die neue Kanzlei-Homepage von Dres. Theißen & Stollhoff ist seit dem Jahreswechsel online geschaltet. Die Homepage ist unter der Adresse <http://www.ts-law.de> erreichbar. Online abgerufen werden kann ein umfangreiches Informationsangebot, das die bisher erschienenen Kanzlei-Newsletter, Fachbücher und sonstige Fachveröffentlichungen einschließt.



———— Auf einen Blick ————

Kündigungsmöglichkeiten im Bauvertragsrecht

1. des Auftraggebers

VOB-Bauvertrag

Freie Kündigung
(§ 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B)

Kündigung wegen Vermögensverfalls
(§ 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B)

Kündigung wegen mangelhafter oder vertragswidriger Leistung
(§ 8 Nr. 3 i.V.m. § 4 Nr. 7 VOB/B)

Kündigung wegen Verzugs der Bauausführung
(§ 8 Nr. 3 i.V.m. § 5 Nr. 4 VOB/B)

Kündigung wegen ungenehmigten Unternehmereinsatzes
(§ 8 Nr. 3 i.V.m. § 4 Nr. 8 VOB/B)

Kündigung wegen unzulässiger Wettbewerbsbeschränkung
(§ 8 Nr. 4 VOB/B)

Kündigung wegen dreimonatiger Unterbrechung
(§ 6 Nr. 7 VOB/B)

Kündigung aus sonstigem wichtigen Grund

BGB-Bauvertrag

Freie Kündigung
(§ 649 BGB)

Kündigung wegen Überschreitung des Kostenvoranschlages
(§ 650 Abs. 1 BGB)

Kündigung aus sonstigem wichtigen Grund

2. des Auftragnehmers

VOB-Bauvertrag

Kündigung wegen unterlassener Mitwirkung des Auftraggebers
(§ 9 Nr. 1 lit. a) VOB/B)

Kündigung wegen Verzuges des Auftraggebers
(§ 9 Nr. 1 lit. b) VOB/B)

Kündigung wegen dreimonatiger Unterbrechung
(§ 6 Nr. 7 VOB/B)

Kündigung wegen nicht erbrachter Sicherungsleistung
(§§ 648a Abs. 5, 643 BGB)

Kündigung aus wichtigem Grund

BGB-Bauvertrag

Kündigung wegen unterlassener Mitwirkung des Auftraggebers
(§§ 642, 643 BGB)

Kündigung wegen nicht erbrachter Sicherungsleistung
(§§ 648a Abs. 5, 643 BGB)

Kündigung aus wichtigem Grund