

Newsletter

TSP Theißen Stollhoff & Partner Rechtsanwaltsgesellschaft

Baurecht, Vergaberecht, Immobilienrecht, Architekten- und Ingenieurrecht

Baurecht

Zuschlag mit Hinweis auf neue Termine

BGH, U. v. 25.11.2010 VII ZR 201/08

LEITSATZ

Ein Zuschlag in einem durch ein Planfeststellungsverfahren verzögerten öffentlichen Vergabeverfahren über Bauleistungen erfolgt im Zweifel auch dann zu den ausgeschriebenen Fristen und Terminen, wenn diese nicht mehr eingehalten werden können und das Zuschlagsschreiben des Auftraggebers den Hinweis auf später "noch mitzuteilende exakte Fristen" enthält.

HINWEIS

Immer wieder kommt es bei Auftragvergaben zu Verzögerungen bei der Zuschlagserteilung. Der BGH hat mit seiner Entscheidung vom 22.07.2010 (Newsletter 2-2010, S. 6) klargestellt, dass ohne eine ausdrückliche anderslautende Abrede der Parteien der Vertrag mit dem Zuschlag zu den ausgeschriebenen Fristen und Terminen zustande kommt. Die Vergütung des Unternehmers ist wegen der Bauzeitverschiebung ggf. nach § 2 Abs. 5 VOB/B anzupassen. Diese Rechtsprechung führt der BGH fort. Die gebotene vergaberechtskonforme Auslegung bedingt, so der BGH, dass der Zuschlag bei öffentlichen Auftragsvergaben regelmäßig so ausulegen ist, dass er sich auch auf wegen Zeitablaufs obsolet gewordene Fristen und Termine bezieht und zwar selbst dann, wenn eine neue Bauzeit im Zuschlagsschreiben angesprochen wird. Denn dem öffentlichen Auftraggeber ist es grundsätzlich nicht gestattet, während des Vergabeverfahrens mit den Bietern über Änderungen der Angebote und Preise zu verhandeln. Dieses

Nachverhandlungsverbot gilt noch im Zeitpunkt des Zuschlags. Will der Auftraggeber mit dem Zuschlag von dem Angebot eines Bieters abweichen, muss er das in der Annahmeerklärung klar und un- zweideutig zum Ausdruck bringen.

Inhalt

Aktuelles aus der Rechtsprechung	1
Nachrichten aus der Bau- und Immobilienwirtschaft	
➤ Reform des Bauforderungssicherungsgesetzes	3
➤ IBB erhöht Fördervolumen	4
➤ Modernisierung des Vergaberechts	7
➤ Grunderwerbsteuer	9
TSP – Intern	10
Auf einen Blick	
EU-weite Vergaben	11

Editorial

In der aktuellen Ausgabe unseres Newsletters 1/2011 informieren wir Sie über wichtige neue Entscheidungen zum Bau-, Vergabe- und Immobilienrecht.

Hervorzuheben sind das Urteil des BGH vom 25.11.2010 zu den Vertragsfristen bei verzögerter Zuschlagserteilung im Vergabeverfahren und der Beschluss des OLG Frankfurt am Main vom 24.01.2011 zum Beginn der Verjährung des gesamtschuldnerischen Ausgleichsanspruchs des bauüberwachenden Architekten gegen den Bauunternehmer.

„Auf einen Blick“ finden Sie eine Übersicht über das Vergaberechtsregime bei EU-weiten Vergaben.

Wir wünschen Ihnen eine interessante Lektüre.

TSP Theißen Stollhoff & Partner
Rechtsanwaltsgesellschaft

Impressum

TSP Theißen Stollhoff & Partner
Rechtsanwaltsgesellschaft
(Herausgeber)

Palais am Bundesrat
Leipziger Platz 11
10117 Berlin

Telefon (030) 399776-0
Telefax (030) 399776-22

Berlin@ts-law.de
www.ts-law.de

Partnerschaftsgesellschaft
AG Charlottenburg PR 431 B

Austausch des Sicherheitseinhalts

BGH, U. v. 25.11.2010 – VII ZR 16/10

LEITSATZ

Mit der Abtretung des Anspruchs auf Auszahlung des vom Auftraggeber eines Bauvertrags als Sicherheit für seine Mängelansprüche nach Abnahme einbehaltenen Restwerklohns geht das Recht, den Einbehalt durch Bürgschaft abzulösen, in entsprechender Anwendung des § 401 BGB auf den Zessionar über.

HINWEIS

Hat der Auftragnehmer eine Sicherheit zu leisten, kann er nach § 17 Abs. 3 VOB/B unter den verschiedenen Arten der Sicherheitsleistung (Einbehalt, Hinterlegung oder Bürgschaft) grundsätzlich bis zum Eintritt des Sicherungsfalls frei wählen. Enthält der Bauvertrag keine ausdrückliche Vereinbarung über den Sicherungsfall, liegt der Sicherungsfall nach Ansicht des BGH erst vor, wenn dem Auftraggeber ein auf Geldzahlung gerichteter Gewährleistungsanspruch zusteht. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Auftraggeber den Auftragnehmer fristgebunden zur Mängelbeseitigung aufgefordert hat.

Solange der Sicherungsfall nicht eingetreten ist, hat aber auch der Zessionar, dem die jeweils als Gewährleistungssicherheit einbehaltenen Restwerklohnforderungen abgetreten wurden, das Recht, den Einbehalt durch eine Gewährleistungsbürgschaft abzulösen. Das Austauschrecht stellt nach Ansicht des BGH ein Hilfsrecht dar, das damit stets dem eigentlichen Forderungsinhaber zusteht.

10 % Erfüllungsbürgschaft und 10%iger Einbehalt bei Abschlagszahlungen

BGH, U. v. 09.12.2010 – VII ZR 7/10

Die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers eines Bauvertrags enthaltene Klausel, dass der Auftragnehmer zur Sicherung der vertragsgemäßen Ausführung der Werkleistungen eine Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 10 % der Auftragssumme zu stellen hat, ist unwirksam, wenn in dem Vertrag zusätzlich bestimmt ist, dass die sich aus den geprüften Abschlagsrechnungen ergebenden Werklohnforderungen des Auftragnehmers nur zu 90 % bezahlt werden.

HINWEIS

In der Entscheidung hat sich der BGH mit Sicherungsabreden in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers auseinandergesetzt. Hierbei hat er zunächst klargestellt, dass eine Sicherungsvereinbarung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) über die Stellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 10 % der Auftragssumme wirksam und nicht zu beanstanden sei. Ob der 10%ige Einbehalt von den Abschlagszahlungen im Hinblick auf die mit dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen zum 1. Mai 2000 eingeführte Bestimmung des § 632a BGB für sich betrachtet gleichfalls einer AGB-rechtlichen Überprüfung standhält, hat der BGH dahinstehen lassen. Nach Ansicht des BGH führen jedenfalls die Klauseln zusammen zu einer Übersicherung des Auftraggebers. Diese Gesamtbelastung durch die vom Auftragnehmer zu stellenden Sicherheiten überschreitet nach den Ausführungen des BGH das Maß des Angemessenen und lässt sich auch nicht durch das Interesse des Auftraggebers an Absicherung rechtfertigen. Werden somit beide Klauseln in einem Vertrag verwendet, sind beide Klauseln unwirksam. Dem Auftraggeber steht in diesem Fall überhaupt keine Erfüllungssicherheit zu.

Mediationsvereinbarung und Klageverzicht

LG Heilbronn, U. v. 10.09.2010 – 4 O 259/09

LEITSATZ

1. Eine Mediationsvereinbarung ist dann kein vorläufiger Klageverzicht, wenn Regelungen über dessen Beendigung fehlen und damit die Mediation auch jederzeit beendet werden könnte, das heißt sogar unmittelbar nach deren Einleitung.
2. Der Verweis in einem Vertrag auf eine Internetseite mit weiteren Regelungen zu einem Mediationsverfahren "heilt" in einem Vertragswerk nicht dessen bewusst hingegenommene Intransparenz.

HINWEIS

Die der Entscheidung zugrunde liegende Rahmenvereinbarung enthielt keine Einzelheiten über das Mediationsverfahren (Kostentragung, Beantragung, Beginn, Dauer, Beendigung usw.). Sie verwies lediglich auf eine Internetseite, auf

REFORM DES BAUFORDERUNGSSICHERUNGSGESETZES

Das Bundesministerium für Verkehr, Bauen und Stadtentwicklung (BMVBS) hat mit Stand vom 10.12.2010 einen Referentenentwurf zur Änderung des Gesetzes über die Sicherung von Bauforderungen (Bauforderungssicherungsgesetz - BauFordSiG) vorgelegt. Das BauFordSiG soll sicherstellen, dass für ein bestimmtes Bauwerk zur Verfügung gestelltes Baugeld auch zur Bezahlung derjenigen verwendet wird, die an der Erstellung oder dem Umbau eines Bauwerks durch ihre Leistungen beteiligt sind. Der Referentenentwurf sieht neben zahlreichen Klarstellungen u.a. vor, dass sich künftig die Zweckbindung des Baugeldes nicht auf die jeweilige konkrete Baumaßnahme bezieht, für die das Baugeld gezahlt wurde. Vielmehr soll dem Baugeldempfänger die Möglichkeit verbleiben, Zahlungen an Beteiligte verschiedener Baumaßnahmen entsprechend den Anforderungen seines Geschäftsbetriebes flexibel zu handhaben. Der Entwurf liegt aktuell den Verbänden zur Stellungnahme vor.

der das Verfahren beschrieben wurde. Insofern ist dem Gericht zuzustimmen, wenn es im Ergebnis einen Klageverzicht nicht erkennen konnte. Allerdings überzeugt die Begründung nicht. Ein lediglich unverbindlicher Appell zur gütlichen Einigung ist nicht schon allein deshalb anzunehmen, weil die Mediation jederzeit hätte beendet werden können. Viele Verfahrensordnungen zur Durchführung einer Mediation (vgl. z.B. §§ 11-13 der Streitlösungsordnung für das Bauwesen vom 01.01.2010, abzurufen unter www.baurecht-ges.de) regeln detailliert Beginn und Ende des Verfahrens. Mediationsklauseln, die sich auf derartige Verfahrensordnungen beziehen und den ordentlichen Rechtsweg für die Dauer des Mediationsverfahrens ausschließen, bringen den unbedingten Willen der Parteien zum Ausdruck, vor Anrufung der ordentlichen Gerichte zunächst einen Einigungsversuch zu unternehmen. Die Mediationsklausel zwingt also bei entsprechender Vertragsgestaltung die Parteien zum Mediationsversuch, hindert sie aber unter Berücksichtigung des Freiwilligkeitsprinzips nicht daran, das aufgenommene Verfahren jederzeit wieder abzubrechen. Bis dahin wäre eine gleichwohl erhobene Klage mangels Rechtsschutz-

bedürfnis als unzulässig abzuweisen. Der Vertragspraxis ist daher zu empfehlen, sorgfältig festzulegen, wodurch das Verfahren eingeleitet und auch wieder beendet werden kann, insbesondere in welchem Zeitpunkt vom Scheitern des Einigungsversuches auszugehen ist.

Quasi-Unterbrechung gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B

OLG Düsseldorf, U. v. 09.03.2010 – 21 U 46/09

LEITSATZ

1. Die sog. Quasi-Unterbrechung der Verjährung durch § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 2 VOB/B hält einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle stand. Bei vereinbarter Verjährungsfrist von fünf Jahren kann eine bloße Mängelrüge unmittelbar vor Ablauf der fünfjährigen Frist im Ergebnis zu einer Verjährung von sieben Jahren führen.
2. Die Verlängerung der Verjährungsfristen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist nämlich möglich, wenn aufgrund der Eigenart des Gewerks ein Bedürfnis für eine verlängerte Verjährungsfrist besteht. Ein solches Bedürfnis ist für eine komplexe Straßenanlage ohne Weiteres zu erkennen.
3. (...)

Arglisthaftung

OLG Hamm, U. v. 21.05.2010 – 19 U 2/10

LEITSATZ

1. (...)
2. Arglistig handelt der Werkunternehmer dann, wenn ihm ein Mangel der Arbeiten bei Abnahme bekannt ist und er ihn gleichwohl nicht offenbart. Hierbei reicht es aus, wenn er die vertragswidrige Ausführung kannte oder wenn er wissentlich abweichend von Auflagen der Genehmigungsbehörde baut oder dies verschweigt.
3. Nicht arglistig handelt der Unternehmer jedoch dann, wenn ihm lediglich aus Fahrlässigkeit die Mängel unbekannt sind.
4. Arglistiges Verhalten von Mitarbeitern, deren sich der Werkunternehmer bei Erfüllung seiner Offenbarungspflicht bedient, muss er sich nach § 278 BGB zurechnen lassen, nicht aber die Kenntnis derjenigen Mitarbeiter, deren er sich lediglich bei der Herstellung bedient, also der Arbeiter.

5. (...)

HINWEIS

Die Anforderungen, die in der Rechtsprechung an ein arglistiges Handeln des Auftragnehmers gestellt werden, sind hoch. Wie das OLG Hamm ausführt, liegt ein arglistiges Verhalten vor, wenn der Auftragnehmer die vertragswidrige Ausführung kennt, er dies dem Auftraggeber bei der Abnahme jedoch nicht offenbart. Demgegenüber ist ein arglistiges Handeln zu verneinen, wenn

fassung des Bundesgerichtshofs gegen den verfassungsrechtlich in Artikel 103 Abs. 1 GG garantierten Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieser ist verletzt, wenn ein Gericht ohne vorherigen Hinweis auf rechtliche Gesichtspunkte oder Erwägungen abstellt, mit denen ein gewissenhafter Prozessbeteiligter nach dem bisherigen Prozessverlauf nicht zu rechnen brauchte.

IBB ERHÖHT FÖRDERVOLUMEN ZUR ENERGETISCHEN GEBÄUDESANIERUNG

Die Investitionsbank Berlin (IBB) hat in Abstimmung mit dem Land Berlin das Fördervolumen im Programm „IBB Energetische Gebäudesanierung“ erhöht. Für entsprechende Investitionen in den vermieteten Wohnungsbestand steht ab sofort ein Gesamtkreditvolumen von bis zu 140 Mio. Euro (bisher 40 Mio. Euro) zur Verfügung. Von der Erhöhung des Fördervolumens sollen neben den größeren Wohnungsunternehmen insbesondere Genossenschaften und private Investoren profitieren, die ihre Wohnungsbestände energetisch optimieren wollen.

dem Auftragnehmer die Mängel aus Fahrlässigkeit unbekannt sind. Dabei kommt es auf die Kenntnis der Mitarbeiter an, die für den Auftragnehmer gegenüber dem Bauherrn handeln.

Abrechnung nach freier Auftraggeberkündigung

OLG Bamberg, U. v. 15.12.2010 – 3 U 122/10

LEITSATZ

1. Der Anspruch auf Vergütung sog. Nullpositionen ergibt sich aus der entsprechenden Anwendung von § 2 Nr. 4, § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B 1996, § 649 Satz 1 BGB (Abrechnung nach freier Kündigung).
2. Dem Auftragnehmer stehen daher für diese Nullpositionen in der Regel anteilige Baustelleneinrichtungskosten bzw. Baustellengemeinkosten und Allgemeine Geschäftskosten sowie der kalkulierte Gewinn zu.
3. Allerdings kommt eine Ausgleichsberechnung entsprechend § 2 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B in Betracht, wenn in anderen Positionen Mehrmengen abgerechnet werden.

Überraschungsentscheidung

BGH, B. v. 13.01.2011 – VII ZR 22/10

LEITSATZ

1. (...)
2. Wenn ein Berufungsgericht erstmals in seinem Urteil ohne vorherigen Hinweis das Fehlen einzelner Belege beanstandet und diese Positionen der Beklagten abspricht, stellt dies eine gegen Art. 103 Abs. 1 GG verstoßende Überraschungsentscheidung dar.

HINWEIS

Der Bundesgerichtshof gibt in diesem Beschluss einer Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision in einem Urteil des OLG Naumburg statt. Das OLG hatte den in dem Rechtsstreit eingeklagten Schlussrechnungen zusätzlich – ohne vorherige Erörterung mit den Parteien – die Umsatzsteuer zugesprochen sowie erstmals im Verlauf des Verfahrens – wiederum ohne Erörterung mit den Parteien – zwei Positionen als unschlüssig abgewiesen. Dies verstößt nach Auf-

Gewährleistungsbürgschaft und förmliche Abnahme

LEITSATZ

OLG München, B. v. 24.01.2011 – 13 U 3970/10

1. Verlassen die Bauvertragsparteien nach Übergabe einer Gewährleistungsbürgschaft ein bauvertragliches Konzept zur Abnahme/Gewährleistung, so kann darin eine

wesentliche Erweiterung des Bürgschaftsrisikos mit der Folge liegen, dass der Gewährleistungsbürge nicht haftet.

2. Das ist jedenfalls der Fall, wenn im Bauvertrag folgende Regelungen als Voraussetzung des Gewährleistungsbeginns vorgesehen waren:

- Ausschluss der stillschweigenden Abnahme,
- Erstellung eines Endabnahmeprotokolls durch einen Sachverständigen
- Endabnahmebegehung sowie schriftliche Bestätigung über die Beseitigung der Mängel.

Führen die Parteien ein derart vereinbartes Abnahmeverfahren nicht durch, scheidet eine Haftung des Gewährleistungsbürgen aus.

HINWEIS

Sofern die Bauvertragsparteien von den vertraglich vereinbarten Abnahmemodalitäten abweichen wollen, ist Vorsicht geboten. Eine solche Abweichung kann eine Änderung der Sicherungsabrede bewirken, die den Inhalt der Bürgschaftserklärung zu Lasten des Bürgen verändert. Da die Bürgenhaftung ohne Beteiligung des Bürgen nicht nachträglich erweitert oder zu Lasten des Bürgen verändert werden darf, kann eine solche Änderung zum Entfall der Bürgenhaftung führen.

Architektenrecht

Verjährungsfälle für Architekten

OLG Frankfurt, B. v. 24.01.2011 – 25 U 108/09

LEITSATZ

Für den Beginn der Verjährungsfrist eines Ausgleichsanspruchs gegen den Gesamtschuldner kommt es darauf an, zu welchem Zeitpunkt der Architekt wusste, dass ihm im Falle seiner vorrangigen Inanspruchnahme Ausgleichsansprüche gegen den anderen Gesamtschuldner zustehen.

HINWEIS

Die Verjährungsfrist für einen Ausgleichsanspruch gegen einen Gesamtschuldner beträgt drei Jahre und beginnt mit dem Ende des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist. Der Ausgleichsanspruch gegen den Gesamtschuldner entsteht bereits mit Begründung der Gesamtschuld, d. h. wenn die ernsthafte Möglichkeit einer Inanspruchnahme durch den Gläubiger besteht. Sobald der Architekt den Mangel eines

Werks erkennt, sind ihm auch die Umstände einer gesamtschuldnerischen Haftung mit dem Werkunternehmer bekannt. Mit dem Ablauf dieses Jahres beginnt die dreijährige Verjährungsfrist.

Schallschutzstandard beim Planen und Bauen im Bestand

OLG Düsseldorf, U. v. 15.07.2010 – 5 U 25/09

LEITSATZ

1. Der Architekt muss grundsätzlich den heute üblichen Schallschutzstandard seiner Planung für den Umbau und die Sanierung einer Eigentumswohnung zugrunde legen.
2. Er hat im Rahmen der Grundlagenermittlung mit dem Bauherrn zu erörtern, ob dieser das heutige Schallschutzniveau mit deutlich höheren Planungs- und Herstellungskosten erreichen will oder nicht.

HINWEIS

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs rechtfertigt eine Bezugnahme auf die Schalldämmung nach DIN 4109 nicht den Rückschluss, es seien lediglich diese Mindestanforderungen vereinbart. Die Schallschutzanforderungen der DIN 4109 stellen keine anerkannten Regeln der Technik für die Herstellung des Schallschutzes in Wohnungen dar. Daher ist der vertraglich geschuldete Schallschutz anhand einer Gesamtabwägung des Vertrages zu bestimmen, in die neben dem Vertragstext auch die vertragsbegleitenden Umstände, die konkreten Verhältnisse des Bauwerks, der qualitative Zuschnitt, der architektonische Anspruch und die Zweckbestimmung des Gebäudes einzubeziehen sind.

Umfang der Architektenvollmacht

OLG Oldenburg, U. v. 22.06.2010 – 2 U 15/10

LEITSATZ

Der zur rechtsgeschäftlichen Vertretung des Auftraggebers bevollmächtigte Architekt darf auch solche Zusatzleistungen in Auftrag geben, die deshalb erforderlich werden, weil er diese Leistungen bei der Aufstellung des Leistungsverzeichnisses übersehen hat.

Schadensersatz der Vergabestelle gegen Ingenieurbüro wegen Fehlberatung

OLG Saarbrücken, U. v. 23.11.2010 – 4 U 548/09

LEITSATZ

Hebt die Vergabestelle, fehlerhaft beraten durch ein mitwirkendes Ingenieurbüro, eine öffentliche Ausschreibung rechtswidrig auf und wird sie deshalb zu Schadensersatz an einen zu Unrecht nicht berücksichtigten Bieter verurteilt, mindert sich ihr Schadensersatzanspruch gegen das beratende Ingenieurbüro im Wege der Vorteilsausgleichung um die Kostenersparnis einer günstigeren Zweitvergabe.

HINWEIS

Gegenstand der Vergabe war der Ausbau einer Ortsdurchfahrt durch zwei öffentliche Auftraggeber. Diese hatten zuvor ein Ingenieurbüro neben der Entwurfs- und Ausführungsplanung auch mit der Vorbereitung und Mitwirkung bei der Vergabe beauftragt. Bei der Kostenkalkulation im Rahmen der Leistungsphase 6 hatte das Ingenieurbüro fehlerhaft einen Auftragswert von voraussichtlich DM 5,2 Mio. ermittelt. Nachdem im Rahmen der Ausschreibung zuschlagsfähige Angebote von DM 5,9 Mio. und mehr abgegeben worden waren, hoben die Vergabestellen die Ausschreibung gemäß § 26 Abs. 1 lit. c VOB/A (schwerwiegender Grund) auf, da das günstigste wertbare Angebot 13,9 % über dem zuvor von dem Ingenieurbüro kalkulierten Auftragswert lag. Es wurde auf Beratung des Ingenieurbüros eine neue Ausschreibung durchgeführt und dort ein Angebot von DM 5,5 Mio. bezuschlagt. Der günstigste Bieter der ersten, aufgehobenen Ausschreibung verlangte daraufhin Schadensersatz von den öffentlichen Auftraggebern. Dieser Schadensersatz wurde zugesprochen, da die Aufhebung der Ausschreibung infolge des von dem Ingenieurbüro falsch kalkulierten voraussichtlichen Auftragswertes rechtswidrig gewesen war.

Für diese Schadensersatzpflicht nahmen die öffentlichen Auftraggeber sodann das Ingenieurbüro in Regress. Das OLG Saarbrücken bestätigte einen Schadensersatzanspruch der öffentlichen Auftraggeber gegen die Ingenieure wegen mangelhafter Erbringung der Leistungsphase 6. Aus dem Grund der Vorteilsausgleichung ist hingegen – so das OLG Saarbrücken – dieser Schadensersatzanspruch gegen

das beratende Ingenieurbüro um die Kostenersparnis des Auftraggebers, die dieser durch die günstigere Zweitvergabe erzielte, zu kürzen.

Vergaberecht

Dokumentation der Öffnung der Angebote

VK Sachsen, B. v. 17.12.2010 – 1/SVK/045-10

LEITSATZ

Die Dokumentation der Öffnung der Angebote dient nach wie vor dazu, ein transparentes Vergabeverfahren zu gewährleisten. Daher sind an die Erfüllung des verbleibenden Dokumentationsanfordernisses hohe Anforderungen zu stellen. Insoweit ist die Forderung in § 17 Absatz 2 EG VOL/A "Die Öffnung der Angebote wird von mindestens zwei Vertretern des Auftraggebers gemeinsam durchgeführt und dokumentiert." nur so zu verstehen, dass im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Öffnung der Angebote ein unveränderbares Dokument erstellt wird. In diesem müssen zumindest a) Name und Anschrift der Bieter, b) die Endbeträge ihrer Angebote und andere den Preis betreffende Angaben und c) ob und von wem Nebenangebote eingereicht worden sind, festgehalten werden.

HINWEIS

Die Vergabekammer Sachsen präzisiert in diesem Beschluss die Dokumentationspflichten des Auftraggebers im Rahmen eines VOL-Vergabeverfahrens für Reinigungsleistungen. Im Ausgangspunkt wird zum Umfang der Dokumentationspflichten auf § 17 Abs. 2 EG VOL/A verwiesen. Diese Regelung wird dahingehend präzisiert, dass der ursprüngliche Auftraggeber verpflichtet ist, im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit Eröffnung der Angebote ein unveränderbares Dokument zu erstellen, in welchem mindestens Name und Anschrift der Bieter, die Endbeträge ihrer Angebote, andere den Preis betreffende Angaben und die Tatsache, ob und von wem Nebenangebote eingereicht worden sind, festgehalten werden. Hintergrund ist die Beweislastfunktion, die der vom Auftraggeber zu fertigenden Dokumentation über den Ablauf des Öffnungstermins zukommt. Auch sind aus dem Transparenzprinzip höhere Anforderungen an die Dokumentation im VOL-

Vergabeverfahren zu stellen, da hier bei der Submission – anders als im Verfahren nach der VOB/A – die Bieter nicht zugegen sind.

Aufhebung eines Verhandlungsverfahrens wegen Budgetüberschreitung

OLG Celle, B. v. 13.01.2011 – 13 Verg 15/10

LEITSATZ

1. Die Voraussetzungen für die Aufhebung eines Vergabeverfahrens (hier § 26 Nr. 1 c VOB/A 2006) gelten auch im Verhandlungsverfahren.
2. Zu den Anforderungen an eine zulässige Rüge gemäß § 107 Abs. 2 GWB.
3. Auch im Vergabenachprüfungsverfahren können Gründe nachgeschoben werden, wobei der Dokumentationspflicht genügt ist, wenn dies in anwaltlichen Schriftsätzen erfolgt.

HINWEIS

Das OLG Celle weist in diesem Beschwerdeverfahren die sofortige Beschwerde gegen eine von der Vergabekammer Niedersachsen unbeanstandete Aufhebung eines Verhandlungsverfahrens zurück. Dieses Verhandlungsverfahren war zuvor vom Auftraggeber wegen Überschreitung der Budgetgrenzen aufgehoben worden. Das niedrigste hier eingereichte Angebot lag höher als die verfügbaren Mittel. Dies stellt einen anderen schwerwiegenden Grund im Sinne des § 26 Nr. 1 c VOB/A 2006 dar. Anderes gilt, wenn der Auftraggeber den Finanzbedarf pflichtwidrig zu gering bemessen und dann ausgeschrieben hat. Dies war hingegen vorliegend nach den Feststellungen des OLG Celle nicht der Fall.

Zulässigkeit von Nebenangeboten auch im reinen Preiswettbewerb?

OLG Brandenburg, B. v. 07.12.2010 – Verg W 16/10

LEITSATZ

1. Gelangt der Auftraggeber bei seiner Schätzung des Auftragswertes gemäß § 3 VgV zu einem Auftragswert oberhalb der Schwellenwerte, können die am Vergabeverfahren teilnehmenden Bieter die Nachprüfungsinstanzen anrufen, auch wenn ihre Angebote – wie dasjenige der Antragstellerin – unterhalb der Schwellenwerte liegen.

Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass der Auftraggeber eine realistische und nachvollziehbar dokumentierte Schätzung vorgenommen hat.

2. Da die Frage, ob Nebenangebote zulässig sind, wenn der Preis das alleinige Zuschlagskriterium ist, von den Oberlandesgerichten unterschiedlich beantwortet wird (bejahend: OLG Koblenz, B. v. 26.07.2010 – 1 Verg 6/10; OLG Celle, B. v. 03.06.2010 – 13 Verg 6/10; OLG Celle, B. v. 11.02.2010 – 13 Verg 16/09; verneinend: OLG Düsseldorf, IBR 2011, 38), muss bei einer derartigen Sachlage erwogen werden, ob wegen dieser Divergenz in der Rechtsprechung der Vergabesenate die Sache entweder dem Bundesgerichtshof zugänglich gemacht oder der EuGH um Entscheidung zur Auslegung der beiden EU-Richtlinien und zur Entscheidung darüber, ob das deutsche Vergaberecht hiermit vereinbar ist, angerufen werden muss.

EUROPÄISCHE KOMMISSION PLANT MODERNISIERUNG DES VERGABERECHTS

Die Europäische Kommission hat ein Grünbuch „über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens“ vorgestellt. Hierdurch soll eine Debatte zu Vorschriften, Instrumenten und Methoden im öffentlichen Auftragswesen zur weiteren Modernisierung des Vergaberechts angestoßen werden. Parallel führt die Kommission eine Evaluierung durch, um die Wirksamkeit und Kosteneffizienz der derzeitigen europäischen Vergabevorschriften zu überprüfen. Die Ergebnisse dieser Evaluierung sollen Mitte des Jahres 2011 vorgestellt werden.

HINWEIS

Der Beschluss des OLG Brandenburg berücksichtigt die divergierende Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zur Rechtsfrage, ob die Zulassung von Nebenangeboten im reinen Preiswettbewerb wegen Verstoßes gegen europäische Richtlinien (2004/17/EG und 2004/18/EG) vergaberechtswidrig sei. Diese Auffassung wurde vom OLG Düsseldorf mehrfach vertreten, zuletzt mit Beschluss vom 18.10.2010 (VII-Verg 51/08, zitiert nach Juris). Andere Oberlandesgerichte hielten demgegenüber den Zuschlag auf Neben-

angebote für zulässig, auch wenn der Preis das alleinige Wertungskriterium war (OLG Koblenz IBR 2010, 584 und OLG Celle IBR 2010, 408). Das OLG Düsseldorf kündigt im Eilverfahren zur Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung indirekt an, die Rechtsfrage im Hauptsacheverfahren entweder dem BGH oder dem EuGH vorlegen zu wollen. Eine abschließende Klärung dieser Rechtsfrage kann nur durch den EuGH erfolgen, weil es im Kern um die Vereinbarkeit des deutschen mit dem europäischen Vergaberecht geht.

Frühere Erfahrungen der Vergabestelle

VK Münster, B. v. 16.12.2010 – VK 9/10

LEITSATZ

Eine Vergabestelle darf im Rahmen der Eignungsbeurteilung auch auf eigene Erfahrungen, die sie mit dem Unternehmen aus früheren Aufträgen gemacht hat, abstellen und diese bei der Wertung berücksichtigen.

Bedarfspositionen

OLG Düsseldorf, B. v. 10.02.2010 – Verg 36/09

LEITSATZ

1. Die Aufnahme einer Bedarfsposition in die Vergabeunterlagen ist nicht zu beanstanden, wenn im Zeitpunkt der Versendung der Vergabeunterlagen für den Auftraggeber nicht voraussehbar und zumutbar aufzuklären ist, ob und unter welchen Voraussetzungen solche Leistungen bei der Auftragsausführung erforderlich sein werden, daran ein anzuerkennendes Bedürfnis besteht und Bedarfspositionen in den Vergabeunterlagen hinreichend deutlich als solche gekennzeichnet sowie bei verständiger Sicht der Dinge für einen fachkundigen Bieter als solche unzweideutig zu erkennen sind.

2. Bedarfsleistungen (Bedarfspositionen) müssen vom öffentlichen Auftraggeber in der Vergabebekanntmachung nicht angegeben werden (im Anschluss an OLG Düsseldorf, Beschl. v. 28.2.2008 - VII-Verg 57/06).

3. Die für Bedarfspositionen abgefragten und angegebenen Preise sind vom Auftraggeber grundsätzlich in die Angebotswertung einzustellen. Dies hat jedenfalls dann zu gelten, wenn ein Bedarf im Zeitpunkt der Angebotswertung weiterhin

nicht voraussehbar ist und die Notwendigkeit einer Beschaffung auch bei sorgsamer Ausschöpfung der dem Auftraggeber bis dahin zumutbaren Erkenntnismöglichkeiten nicht ausgeschlossen werden kann.

Formal fehlerhafte Angebote

VK Saarland, B. v. 28.10.2010 – 1 VK 12/2010

LEITSATZ

1. Der zwingende Ausschluss formal fehlerhafter Angebote im VOF-Verfahren folgt aus dem Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot (§ 97 Abs. 1 und Abs. 2 GVVB).

2. § 11 VOF trifft für die Frage des Ausschlusses aus formalen Gründen keine abschließende Regelung. Es würde den Grundprinzipien des Vergaberechts zuwiderlaufen, wollte man den öffentlichen Auftraggeber daran hindern, in der Bekanntmachung weitere Voraussetzungen zu nennen, bei deren Nichteinhaltung ein nicht leistungsfähiger Bewerber zwingend auszuschließen ist.

3. Zu den gemäß § 10 Abs. 3 VOF vorgesehenen Nachweisen über die finanzielle, wirtschaftliche oder fachliche Eignung gehört auch der Nachweis über eine ausreichende Berufshaftpflichtversicherungsdeckung (§ 12 Abs. 1 Buchst. a VOF).

4. Bei Bietergemeinschaften muss jedes Mitglied für sich betrachtet die notwendige finanzielle, wirtschaftliche oder fachliche Eignung erbringen. Etwaige Absprachen zwischen den Bietern wirken nicht im Außenverhältnis und sind somit irrelevant. Fehlt ein entsprechender Nachweis eines Gemeinschaftsmitgliedes, so ist die gesamte Bietergemeinschaft vom Vergabeverfahren auszuschließen. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Vorlage dieser Nachweise ist die Abgabe des Teilnahmeantrages.

Nebenangebote

OLG Koblenz, B. v. 02.02.2011 – 1 Verg 1/11

LEITSATZ

1. Hat der Auftraggeber die technischen Leistungsmerkmale unter Verwendung von Normen genau und verständlich beschrieben und zudem vergaberechtswidrig auch noch ein Leitprodukt angegeben, ist auf eine angebotene

Leistungsalternative § 9 Nr. 7 VOB/A 2006 (§ 7 Abs. 5 VOB/A 2009) und nicht § 9 Nr. 10 VOB/A 2006 (§ 7 Abs. 8 Satz 2 VOB/A 2009) anzuwenden.

2. Der Nachweis der Gleichwertigkeit im Sinne des § 9 Nr. 7 VOB/A 2006 (§ 7 Abs. 5 VOB/A 2009) ist nicht deshalb entbehrlich, weil es im Behördenapparat des Auftraggebers eine Person gibt oder geben könnte, die aufgrund eigener Sachkunde ohne entsprechende Angaben eines Bieters in der Lage wäre, die Frage der Gleichwertigkeit zu beurteilen.

3. Es ist Sache des Bieters, sein Nebenangebot so klar und deutlich abzufassen, dass der Auftraggeber allein aufgrund dieser Angaben nachprüfen kann, ob die Leistungsvariante den Mindestanforderungen in Sinne des § 25a Nr. 3 VOB/A 2006 (§ 16a Abs. 3 VOB/A 2009) genügt. Unklare oder widersprüchliche Angaben gehen zu Lasten des Bieters; der Auftraggeber ist nicht zu einer Aufklärung verpflichtet.

Immobilienrecht

Fälligkeit der Erwerbspreiszahlung bei Verwahrung der Lastenfreistellungserklärung durch den Notar

BGH, B. v. 25.11.2010 – VII ZR 263/08

LEITSATZ

Es bestehen keine Bedenken, dass eine ausreichende Sicherstellung im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 3 MaBV vorliegt, wenn die Freistellungserklärung einem Notar übergeben wird, der diese treuhänderisch für den Erwerber verwahrt.

HINWEIS

Die Lastenfreistellung dient der Sicherheit des Erwerbers, der vom Bauträger auf Zahlung des Erwerbspreises in Anspruch genommen wird. Nach dem Wortlaut des § 3 Abs. 1 Satz 4 MaBV müssen die zur Freistellung erforderlichen Erklärungen dem Auftraggeber (Erwerber) ausgehändigt werden. Das OLG Düsseldorf hält es für ausreichend, wenn die Lastenfreistellung dem Notar ausgehändigt wird, weil es danach zur Sicherstellung des Erwerbers einer Mitwirkung des Bauträgers nicht mehr bedarf. Der BGH weist die Nichtzulassungsbeschwerde zurück und bestätigt das Urteil des OLG Düsseldorf, weil der Notar – wie im vorliegenden Fall – die Frei-

stellungserklärung treuhänderisch ausschließlich für den Erwerber verwahrt.

Zumutbarkeit eines Totalabrisses zur Überbaubeseitigung und Schikaneverbot

OLG Brandenburg, U. v. 04.11.2010 – 5 U 39/09

LEITSATZ

1. Ein Grundstückseigentümer handelt grob fahrlässig, wenn er bei der Verschiebung des Standorts eines im Grenzbereich geplanten Bauvorhabens nicht prüft, ob die für den geänderten Bau in Anspruch genommenen Flächen noch in seinem Eigentum stehen.

2. In den Fällen vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Überbaus kommt ein Ausschluss des Beseitigungsanspruches des Nachbarn nach § 275 Abs. 2 Satz 1 BGB in aller Regel nicht in Betracht.

3. Ein Rechtsschutzbedürfnis fehlt nur bei objektiv sinnlosen Klagen, das heißt wenn der Kläger kein schutzwürdiges Interesse am begehrten Urteil haben kann. Davon kann nur unter ganz besonderen Umständen ausgegangen werden, weil jeder Rechtssuchende grundsätzlich einen Anspruch darauf hat, dass die Gerichte sein Anliegen sachlich prüfen und bescheiden.

4. Wer die Rechtslage nutzt, um die Gegenseite im Wege des Vergleichs zum geschäftlichen Entgegenkommen zu drängen, handelt nicht schikanös.

HINWEIS

Der Grundstückseigentümer wollte als Bauherr im Grenzbereich des Nachbargrundstücks ein Parkhaus errichten. Wegen der Veränderung der

GRUNDERWERBSTEUER

Immobilienkäufer und Bauherren müssen mit höheren Erwerbskosten rechnen. Kaufwillige in Brandenburg müssen seit dem 01.01.2011 5 Prozent Grunderwerbssteuer zahlen. Auch in Niedersachsen und Bremen wird beginnend mit dem 01.01.2011 die Grunderwerbssteuer auf 4,5 Prozent erhöht; im Saarland sind es 4 Prozent. Auch Schleswig-Holstein beabsichtigt, ab 2012 die Grunderwerbsteuer deutlich anzuhöhen.

ursprünglichen Planung wurden dabei 100 qm des Nachbargrundstückes überbaut. Der Überbau ist nur durch Totalabriss zu beseitigen. Der Nachbar verlangt gleichwohl die Beseitigung des Überbaus. Der auf Überbaubeseitigung in Anspruch genommene Bauherr hält den Totalabriss für unzumutbar. Im Übrigen sei die Beseitigungsklage mangels Rechtsschutzinteresses unzulässig und auch schikanös. Vordergründig ginge es dem Nachbarn um die Abwendung von Ansprüchen wegen der Dekontaminierungskosten für ein anderes Grundstück, das der Nachbar an ihn verkauft habe.

Das OLG Brandenburg stellt fest, dass der Bauherr den Überbau selbst grob fahrlässig verursacht hat, daher könne er sich auch nicht auf

ein grobes Missverhältnis zwischen dem Aufwand der Beseitigung und dem Leistungsinteresse des Nachbarn nach § 275 Abs. 2 Satz 1 berufen. Im Übrigen handle der Nachbar auch nicht schikanös im Sinne des § 226 BGB, wenn er die Beseitigung des Überbaus verlange, auch wenn er den Bauherrn als Käufer in einem anderen Prozess zum Einlenken bewegen wolle. Wer eine ihm günstige Rechtslage nutzt, um den Prozessgegner in einem anderen Verfahren zu Zugeständnissen zu bewegen, verfolge nicht ausschließlich Schädigungsabsicht sondern wolle sich selbst eine günstigere Verhandlungsposition verschaffen.

Theißen Stollhoff & Partner
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT



– INTERN –

➤ **Neue Veröffentlichungen der Kanzlei**

Die im Fraunhofer IRB-Verlag erschienene Formularsammlung „VOB/B-Bauvertragsabwicklung anhand von Musterformularen“ wird gegenwärtig überarbeitet und erscheint demnächst in 2. Auflage. Frau RAin Prof. Dr. Barbara Buschmann arbeitet gegenwärtig u.a. an einem Praktikerhandbuch zu außergerichtlichen Streitlösungsmechanismen für die Baubranche. Das Werk wird im 3. Quartal 2011 im Hüthig Jehle Rehm Verlag, München, erscheinen.

➤ **Aktuelle Beratungsschwerpunkte der Kanzlei**

TSP konzipiert und betreut gegenwärtig mehrere EU-weite Vergabeverfahren. Diese decken nahezu das gesamte vergaberechtliche Spektrum der VOB/A, VOL/A, VOF wie auch der SektVO ab. Hauptaufgabe ist hier, im Vorfeld die Einhaltung des Vergaberechtsregimes in jeder Hinsicht sicherzustellen und damit vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren zu vermeiden.

Aktuell begleitet die Kanzlei ferner umfassend mehrere Großbauvorhaben, darunter auch einen Botschaftsneubau in Berlin. Im Bereich des Gewährleistungsmanagements sind die Rechtsanwälte von TSP im Rahmen mehrerer größerer Bauschadensfälle sowie bei der Realisierung von Mängelansprüchen umfänglich tätig. Für ein Hotel-Neubauvorhaben in Berlin wurden jüngst schließlich die Ausführungsverträge erstellt.

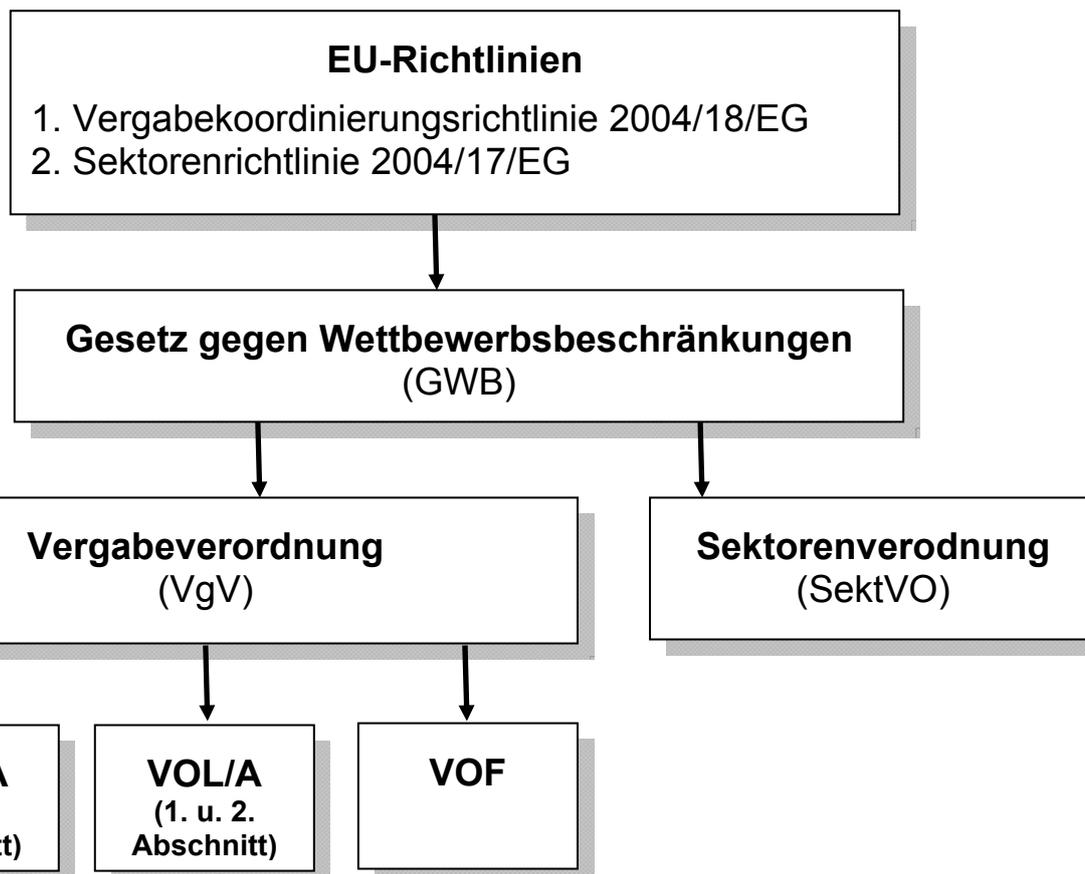
➤ **Aktuelle Fachseminare der Kanzlei**

Die Rechtsanwälte der Kanzlei sind auch im ersten Halbjahr 2011 auf zahlreichen Fachseminarveranstaltungen als Referenten tätig. Schwerpunkte der Schulungen bilden die Neuregelungen der VOB 2009, ausgewählte Problemkreise der HOAI 2009 sowie der neuen SektVO. Einzelheiten zum aktuellen Seminarangebot der Kanzlei finden Sie unter www.ts-law.de.

— Auf einen Blick —

EU-weite Vergaben

I. Kaskadensystem im deutschen Vergaberecht



II. Schwellenwerte ohne MwSt. (Stand: 01.01.2011)

387.000 €	netto für Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Bereich der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder im Verkehrsbereich (Sektorenauftraggeber)
125.000 €	für Liefer- und Dienstleistungsaufträge der obersten oder oberen Bundesbehörden sowie vergleichbarer Bundeseinrichtungen außer Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen und Dienstleistungen des Anhangs II B der Richtlinie 2004/18/EG
193.000 €	für alle anderen Liefer- und Dienstleistungsaufträge
4.845.000 €	für Bauaufträge



Kommunal- und Schul-Verlag

Fachmedien
für Recht und Praxis

NEU: Pöhlker | Theißen | Adrians

HOAI – Honorarordnung für Architekten und Ingenieure

Mit der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) wird die Vergütung der Leistungen von Architekten und Ingenieuren in Deutschland geregelt. Die neu gefasste HOAI beinhaltet u.a. eine Steigerung der Honorare. Auch die weiteren wesentlichen Neuerungen haben erhebliche Auswirkungen auf die Beauftragung von Architekten- und Ingenieurbüros. Der neue Kommentar erläutert dies kompakt und kompetent.

Zu erwähnen sind dabei insbesondere die

- Neustrukturierung der HOAI (ein Hauptteil mit 14 Anlagen),
- Ausrichtung des zwingenden Preisrechts auf Planungsleistungen,
- Deregulierung der Beratungsleistungen,
- Abkopplung der Planerhonorare von der tatsächlichen Bau-summe,
- Räumliche Begrenzung des Anwendungsbereichs („Büros mit Sitz im Inland“).

Die Kommentierung gibt dem kommunalen Auftraggeber anschaulich und praxisorientiert das nötige Rüstzeug, um Planerbeauftragungen rechtssicher vorzunehmen. Ebenso richtet sich der Kommentar an Architekten und Ingenieure, die mit öffentlichen Auftraggebern und hier speziell auch den Kommunen, zusammenarbeiten.

Konstruktiv und zuverlässig informiert der Praxis-Kommentar alle Bauplanungs- und Baurechtsämter der Gemeinde-, Stadt-, Kreisverwaltungen, Bauunternehmen und Wohnungsbaugenossenschaften, Ingenieure und Architekten, Rechtsanwälte und Gerichte, politisch Verantwortlichen (u.a. Landräte, Bürgermeister, Ratsmitglieder), interessierten Privatpersonen.

Die Autoren sind ausgewiesene Baurechtsspezialisten im Bereich der HOAI: Dipl.-Ing. Johannes Ulrich Pöhlker ist Rechtsanwalt und Referent beim Hessischen Städte- und Gemeindebund; Dr. Rolf Theißen ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht in Berlin und Lehrbeauftragter für Bau- und Vergaberecht; Günter Adrians ist Rechtsanwalt mit Schwerpunkt Bau- und Architektenrecht in Düsseldorf.



Kommentar, 2010, 460 Seiten,
kartoniert,
Format 16,5 x 23,5 cm,
ISBN 978-3-8293-0896-0
Preis 69,00 €

**Kommunal- und Schul-Verlag
GmbH & Co. KG**
Konrad-Adenauer-Ring 13
65187 Wiesbaden

Bestell-Telefon:
0611-8 80 86 - 10

Bestell-Fax:
0611- 8 80 86 - 77

bestellung@kommunalpraxis.de

Mengenrabatte: ab 10 Expl. -5 %, ab 25 Expl. -10 %, ab 50 Expl. -15 %, ab 100 Expl. -20 %