

Newsletter

TSP Theißen Stollhoff & Partner Rechtsanwaltsgesellschaft

Baurecht, Vergaberecht, Immobilienrecht, Architekten- und Ingenieurrecht

Baurecht

Vertragsstrafe auf Zwischenfristen

OLG Naumburg, U.v. 15.11.2011 - 1 U 51/11

LEITSATZ

Eine Vertragsstrafe von 0,2 % der Bruttoauftragssumme, die auch für die Überschreitung einer einzelnen Zwischenfrist verlangt wird, ist als Allgemeine Vertragsbedingung unwirksam. Die Grenze für eine Zwischenfrist darf 0,15 % der Bruttoauftragssumme nicht übersteigen.*

HINWEIS

Eine formularmäßige Vertragsstrafenvereinbarung in Bauverträgen, die eine unangemessen hohe Vertragsstrafe des Vertragspartners vorsieht, ist insgesamt unwirksam. Eine Reduzierung der Vertragsstrafe auf ein zulässiges Maß erfolgt nicht (keine sog. geltungserhaltende Reduktion). Nach der ständigen Rechtsprechung muss eine wirksame Vertragsstrafenvereinbarung einerseits eine Obergrenze von 5 % der Auftrags- oder Schlussrechnungssumme enthalten. Andererseits darf der vereinbarte Tagessatz der Vertragsstrafe für die Überschreitung des Fertigstellungstermins in der Regel 0,3 % pro Arbeitstag (= 0,25 % pro Werktag = 0,21 % pro Kalendertag) nicht übersteigen (vgl. BGH BauR 2001, 791).

Problematisch sind in diesem Zusammenhang Vertragsstrafenregelungen für Zwischenfristen. Solche Klauseln können dazu führen, dass bei nur geringfügiger Überschreitung mehrerer Zwischenfristen durch die Kumulierung der Einzelvertragsstrafen

innerhalb weniger Tage die gesamte Vertragsstrafe verwirkt ist und zwar unabhängig davon, ob der Endtermin eingehalten wird oder nicht. Nach Ansicht des OLG Naumburg müssen Vertragsstrafen für Zwischenfristüberschreitung daher

Inhalt

Aktuelles aus der Rechtsprechung	1
Nachrichten aus der Bau- und Immobilienwirtschaft	
➤ Erhöhung der Grunderwerbsteuer	2
➤ Neue Mindestlöhne für Baugewerbe	3
➤ Bauforderungssicherungsgesetz	4
➤ Mediationsgesetz im Vermittlungsausschuss	5
➤ Modernisierung des EU-Vergaberechts	7
Rechtsfrage des Monats	6/8
TSP – Intern	9
Auf einen Blick	11

Editorial

Die aktuelle Ausgabe unseres Newsletters 1-2012 informiert Sie über wichtige neue Entscheidungen zum Bau-, Architekten-, Vergabe- und Immobilienrecht.

Hervorzuheben sind die Urteile des OLG Naumburg vom 15.11.2011 zur Wirksamkeit von Vertragsstrafenklauseln bei Zwischenfristen sowie des BGH vom 22.12.2011 zur Hinweispflicht des Auftraggebers bei der Ausschreibung von Erdarbeiten hinsichtlich vorhandener Bodenkontaminationen.

In unserer Rubrik „Auf einem Blick“ finden Sie eine Checkliste, was bei Erhalt einer Vertragserfüllungs- oder Mängelbürgschaft in der Regel zu prüfen ist.

Eine interessante Lektüre wünscht Ihnen

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

geringer sein als Vertragsstrafen für Endfrist-überschreitung. Die Höhe der Vertragsstrafe für eine Zwischenfrist darf dabei – so das OLG Naumburg – 0,15 % der Bruttoauftragssumme nicht übersteigen. Andernfalls ist die Klausel unwirksam. Vor diesem Hintergrund sind die auftraggeberseits verwandten Vertragsmuster ggf. anzupassen.

* Kein amtlicher Leitsatz

Mehrvergütungsanspruch bei belasteten Böden?

BGH, U.v. 22.12.2011 - VII ZR 67/11

LEITSATZ

1. Grundsätzlich ist der öffentliche Auftraggeber gehalten, ihm mögliche und zumutbare Angaben zur Kontamination eines zum Aushub und zur Weiterverwendung vorgesehenen Bodens zu machen. Ein Unterlassen solcher Angaben kann die Auslegung des Vertrages dahin rechtfertigen, eine Bodenkontamination liege nicht vor.

2. Ein ausdrücklicher Hinweis auf die Kontaminierung des zum Aushub und zur Weiterverwendung vorgesehenen Bodens ist nicht notwendig, wenn diese sich aus den Umständen klar und eindeutig ergibt, weil der im Leistungsverzeichnis beschriebene Boden regelmäßig kontaminiert ist (hier: Boden unterhalb einer teerhaltigen Asphalt-schicht).

HINWEIS

Der öffentliche Auftraggeber muss nach § 9 VOB/A a.F. in den Ausschreibungsunterlagen ihm mögliche und zumutbare Angaben zur Bodenkontamination machen. Nur so ist dem Unternehmer eine verlässliche Preisermittlung möglich. Ein Fehlen entsprechender Angaben weist daher darauf hin, dass keine Bodenkontamination vorliegt (instruktiv hierzu LG Köln, U.v. 01.02.2011 - 27 O 202/10). Ein Hinweis auf eine vorhandene Kontaminierung ist nach Ansicht des BGH aber ausnahmsweise dann nicht notwendig, wenn sich deren Vorliegen aus den Umständen klar und eindeutig ergibt. Diese Kontamination hätte der Unternehmer dann auch ohne Hinweis bei der Preisermittlung einkalkulieren müssen. Unter diesen Voraus-

ERHÖHUNG DER GRUNDERWERBSTEUER

Mit Rheinland-Pfalz und Berlin, die beide aktuell die Grunderwerbsteuer auf fünf Prozent anheben, liegt inzwischen in der Hälfte der Bundesländer der Grunderwerbsteuersatz bei fünf Prozent. Fünf Prozent erheben ferner Brandenburg, Baden-Württemberg, Mecklenburg-Vorpommern, Schleswig-Holstein, Nordrhein-Westfalen und Thüringen. Nur noch in Bayern, Hessen und Sachsen werden die Erwerber mit lediglich 3,5 Prozent in Anspruch genommen. Bremen, Hamburg, Niedersachsen, Sachsen-Anhalt nehmen 4,5 Prozent, im Saarland liegt die Grunderwerbsteuer bei vier Prozent.

setzungen scheidet ein zusätzlicher Vergütungsanspruch nach § 2 Nr. 5 VOB/B a.F. aus.

VOB/B-Vertrag: Keine Verjährung von Mängelansprüchen vor Abnahme

BGH, U.v. 12.01.2012 - VII ZR 76/11

LEITSATZ

Die Verjährung des vor der Abnahme des Bauwerks aufgrund eines VOB-Vertrages entstandenen Anspruchs des Auftraggebers auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten (§ 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 VOB/B) beginnt grundsätzlich nicht vor der Abnahme.

HINWEIS

Für das vor dem 01.01.2002 geltende BGB-Werkvertragsrecht hatte der BGH bereits entschieden, dass die Verjährung für Mängelansprüche erst dann beginnt, wenn die Abnahme erfolgt ist oder Umstände vorliegen, nach denen eine Erfüllung des Vertrages nicht mehr in Betracht kommt (BGH, U.v. 24.02.2011 - VII ZR 61/10). Vorher kann der Lauf der Verjährungsfrist nicht beginnen. Nichts anderes gilt nach Ansicht des BGH bei einem vor dem 01.01.2002 geschlossenen VOB/B-Vertrag. Die Verjährung des dem Auftraggeber gem. § 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B a.F. zustehenden Anspruchs auf Zahlung der Ersatzvornahmekosten nach Auftragsentziehung beginnt hiernach nicht vor der Abnahme. Der BGH hat bisher jedoch nicht entschieden, ob diese Recht-

sprechung auch auf die nach dem 01.01.2002 geschlossenen VOB/B-Verträge anzuwenden ist.

Schadensersatz ohne vorherige Frist zur Nacherfüllung

BGH, U.v. 08.12.2011 - VII ZR 198/10

LEITSATZ

Wählt ein Unternehmer, der nach einem Wasserschaden in einem Gebäude damit beauftragt ist, den Fußbodenaufbau zu trocknen und zu diesem Zweck den Fliesenbelag öffnen muss, eine Trocknungsmethode, die zu größeren Schäden am Gebäude als erforderlich führt, ist der Schadensersatzanspruch des Bestellers nicht davon abhängig, dass er dem Unternehmer eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hat.

HINWEIS

Nach der noch zum alten Schuldrecht ergangenen Rechtsprechung des BGH ist eine Frist zur Nacherfüllung entbehrlich, wenn die Pflichtverletzung dadurch nicht ausgeräumt und ein entstandener Schaden dadurch nicht mehr beseitigt werden kann. Der Zweck der Fristsetzung, dem Unternehmer eine letzte Gelegenheit einzuräumen, das noch mit Mängeln behaftete Werk in den vertragsgemäßen Zustand zu versetzen, kann in diesen Fällen nicht mehr erreicht werden. Nach der neuen Entscheidung des BGH vom 08.12.2011 gilt dies auch für das neue Schuldrecht.

Verwirkung des Preisanpassungsrechtes nach § 2 Nr. 3 VOB/B a.F.

OLG Brandenburg, U.v. 14.12.2011 - 4 U 113/10

LEITSATZ

Für ein Preisanpassungsverlangen gemäß § 2 Nr. 3 VOB/B a.F. existiert grundsätzlich keine zeitliche Grenze. Ohne das Hinzutreten besonderer Umstände ist das Recht auf Preisanpassung deshalb auch dreieinhalb Jahre nach Schlussrechnungslegung nicht verwirkt.*

HINWEIS

Ein Auftraggeber macht erstmalig dreieinhalb Jahre nach Erteilung der Schlussrechnung im Rahmen einer gegen ihn gerichteten Ver-

gütungsklage des Auftragnehmers für die Überschreitung des Mengenansatzes eine Preisanpassung nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B a.F. geltend. Dieses Preisanpassungsverlangen hielt der Auftragnehmer für verwirkt. Dem folgt das OLG Brandenburg unter Verweis auf die Rechtsprechung des BGH nicht. Ein Preisanpassungsverlangen kann der Auftraggeber – bis zum Eintritt der Verwirkung – zeitlich unbegrenzt geltend machen. Verwirkung setzt zum einen ein Zeitmoment voraus, d.h. einen erheblichen Zeitraum, in dem ein Recht nicht geltend gemacht wurde. Zum anderen muss ein Umstandsmoment hinzutreten, d.h. auf dem Verhalten des Berechtigten beruhende Umstände, die das Vertrauen des Verpflichteten rechtfertigen, der Berechtigte werde seinen Anspruch nicht mehr geltend machen. An Letzterem fehlte es nach Ansicht des OLG Brandenburg im entschiedenen Fall. Der Auftraggeber hatte – wenn auch aus anderen Gründen – die Berechtigung der betreffenden Leistungsposition stets in Abrede gestellt.

NEUE MINDESTLÖHNE FÜR DAS BAUGEWERBE

Die Mindestlöhne haben sich auf der Basis des Tarifvertrages zur Regelung der Mindestlöhne im Baugewerbe vom 28.04.2011 mit Wirkung zum 01.01.2012 erhöht. Der neue Mindestlohn 1 gilt für einfache Bau- und Montagearbeiten und der Mindestlohn 2 für fachlich begrenzte Arbeiten nach Anweisung. Er beträgt in den alten Bundesländern 11,05 € bzw. 13,40 € (Mindestlohn 1 und 2) und in den neuen Bundesländern 11,05 € bzw. 13,25 € (Mindestlohn 1 und 2).

Entschädigung nach § 642 BGB

KG, U.v. 19.04.2011 - 21 U 55/07

LEITSATZ

1. Der Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB setzt eine nachvollziehbare Darlegung des Annahmeverzugs und der damit konkret verbundenen Auswirkungen auf den Bauablauf voraus.*
2. Der Auftragnehmer muss die aus einer oder mehreren Behinderungen abgeleitete Bauzeitver-

EVALUIERUNG DES BAUFORDERUNGSSICHERUNGSGESETZES

Ziel des am 01.01.2009 in Kraft getretenen Forderungssicherungsgesetzes war es, durch eine erhebliche Erweiterung des Baugeldbegriffs insbesondere Nachunternehmer vor Forderungsausfällen im Falle der Insolvenz ihres Auftraggebers zu schützen. Danach ist jeder Bauunternehmer, der einen Nachunternehmer einsetzt oder Baumaterialien einkauft, sog. Baugeldempfänger. Als solcher ist er verpflichtet, grundsätzlich alle Zahlungen, die er von seinem Auftraggeber erhalten hat, ausschließlich zur Bezahlung von Unternehmen zu verwenden, die an der Herstellung oder dem Umbau der konkreten Baumaßnahme beteiligt sind. Derjenige, der das Baugeld nicht zur Bezahlung der von ihm beauftragten Unternehmen und damit zweckwidrig verwendet, macht sich im Insolvenzfall schadenersatzpflichtig und strafbar.

Im Auftrag des Bundesinstituts für Bau-, Stadt- und Raumforschung (BBSR) und des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung ist die TU Bergakademie Freiberg beauftragt worden, vor einer etwaigen Reform der Vorschriften zunächst die Anwendbarkeit der Anforderungen des Gesetzes und deren Auswirkungen auf die Beteiligten zu untersuchen.

längerung möglichst konkret darlegen. Hierfür ist eine baustellenbezogene Darstellung der Ist- und Sollabläufe notwendig, die eine Bauzeitverlängerung nachvollziehbar macht.*

3. Ein baubetriebliches Gutachten, in welchem ein Bauzeitverlängerungsanspruch auf der Grundlage herausgegriffener Aspekte des Baugeschehens nach Arbeitstagen bemessene Zeiträume und anhand einer arbeitswissenschaftlichen Schätzung errechnet wird, ist nicht geeignet, einen Anspruch nach § 642 BGB zu begründen.*

HINWEIS

Der Auftragnehmer kann Entschädigungsansprüche wegen bauzeitenverlängernder Behinderungen nur dann erfolgreich geltend machen, wenn er die Störungen anzeigt und dabei die behindernden Umstände detailliert darlegt. Wenn für die Lieferung von Plänen keine verbindlichen Fristen vereinbart wurden, ist eine schriftliche Plananforderung erforderlich. Die Verzögerungsberechnung muss zudem so konkret wie möglich unter Vergleich des durch die Behinderung verzögerten Ist-Ablaufs und eines hypothetisch ungestörten Soll-Ablaufs erfolgen. Zugleich ist die Verzögerungsschädigung von vereinbarten Nachträgen abzugrenzen. Zur Vermeidung von Abgrenzungsproblemen sollten bei der Vereinbarung von Nachträgen die durch Bauverzögerung verursachten Folgen und Kosten ausdrücklich vorbehalten werden.

Architektenrecht

Urheberrechtsschutz bei Gebrauchsgegenständen?

BGH, U.v. 12.05.2011 - I ZR 53/10

LEITSATZ

1. Bei einem Gebrauchsgegenstand können nur solche Merkmale Urheberrechtsschutz als Werk der angewandten Kunst im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG begründen, die nicht allein technisch bedingt, sondern auch künstlerisch gestaltet sind. Eine Gestaltung genießt keinen Urheberrechtsschutz, wenn sie allein aus zwar frei wählbaren oder austauschbaren, aber technisch bedingten Merkmalen besteht und keine künstlerische Leistung erkennen lässt. Allein durch die Ausnutzung eines handwerklich-konstruktiven Gestaltungsspielraums oder durch den Austausch eines technischen Merkmals durch ein anderes entsteht noch kein eigenschöpferisches Kunstwerk.

2. Wer für einen Gebrauchsgegenstand Urheberrechtsschutz als Werk der angewandten Kunst im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG beansprucht, muss genau und deutlich darlegen, inwieweit der Gebrauchsgegenstand über seine von der Funktion vorgegebene Form hinaus künstlerisch gestaltet ist.

HINWEIS

Für einen Gebrauchsgegenstand – hier ein Kletternetz für Kinderspielplätze – kommt ein Urheberrecht nicht in Betracht, wenn dessen

äußere Gestaltung allein durch technische Erfordernisse vorgegeben ist. Der Gebrauchsgegenstand muss zur Begründung eines Urheberrechts vielmehr eine darüber hinausgehende Schöpfungshöhe durch eine ästhetische Ausgestaltung aufweisen. Die bloße Ausnutzung eines handwerklich-konstruktiven Gestaltungsspielraums oder der Austausch eines technischen Merkmals können nach Ansicht des BGH keinen Urheberrechtsschutz begründen.

Beauftragung von Nachträgen durch den Architekten I

OLG Brandenburg, U.v. 30.11.2011 - 4 U 144/07

LEITSATZ

1. Eine Duldungsvollmacht setzt voraus, dass der Vertretene – hier: der Auftraggeber – es wissentlich geschehen lässt, dass der bauleitende Architekt wie ein Vertreter auftritt und der Geschäftspartner – hier: der Auftragnehmer – dieses Dulden nach Treu und Glauben dahin versteht und auch verstehen darf, dass der Architekt bevollmächtigt ist.*
2. Der Auftraggeber duldet das Handeln des bauleitenden Architekten nicht bereits dadurch, dass ein Vertreter bei den Baubesprechungen anwesend war; die Kenntnis einfacher Angestellter ist mit der des Auftraggebers nicht gleichzusetzen.*
3. Eine erforderliche Duldung lässt sich auch nicht daraus herleiten, dass dem Auftraggeber Abschriften der Baubesprechungsprotokolle zugeleitet werden und er daraufhin nicht interveniert.*

Beauftragung von Nachträgen durch den Architekten II

OLG Dresden, U.v. 22.09.2010 - 6 U 61/05

LEITSATZ

1. Die „originäre“ Architektenvollmacht ist eng auszulegen.*
2. Der bauleitende Architekt ist grundsätzlich nicht zur Beauftragung von Nachträgen bevollmächtigt.*
3. Allerdings ist eine Anscheinsvollmacht anzunehmen, wenn der Auftraggeber das Handeln seines angeblichen Vertreters (hier: des Architekten) nicht kennt, es aber bei pflichtgemäßer

Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können und wenn ferner der Auftragnehmer nach Treu und Glauben annehmen durfte, der Auftraggeber dulde und billige das Handeln des Architekten.*

HINWEISE ZU I UND II

Der bauleitende Architekt ist in der Regel nicht berechtigt, den Bauherrn rechtsgeschäftlich zu vertreten oder die Verträge zwischen Bauherrn und Bauunternehmen zu ändern. Der Architekt ist insbesondere nicht befugt, Nachträge oder Zusatzaufträge zu beauftragen. Eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung des Bauherrn kann aber – wie die Entscheidungen des OLG Brandenburg und des OLG Dresden zeigen – nach den Grundsätzen über die Duldungs- und Anscheinsvollmacht entstehen. Beide Entscheidungen folgen der Rechtsprechung des BGH (vgl. zur Duldungsvollmacht BGH, U.v. 09.11.1989 - VII ZR 200/88, und zur Anscheinsvollmacht BGH, U.v. 05.03.1998 - III ZR 183/96). Will der Bauunternehmer sich auf die Grundsätze zur Duldungs- und Anscheinsvollmacht nicht verlassen, sollte bereits in den Verträgen eindeutig geregelt sein, wer rechtsgeschäftliche Erklärungen für den Auftraggeber abgeben und entgegennehmen darf.

MEDIATIONSGESETZ IM VERMITTLUNGS-AUSSCHUSS

Am 15.12.2011 hat der Bundestag das Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung (BT-Drs. 17/8058) verabschiedet. Das Gesetz soll die außergerichtliche Mediation fördern. Es ist vorgesehen, anstelle der bisherigen Projekte zur gerichtlichen Mediation ein erweitertes Güterichtermodell einzuführen. Damit soll eine klare Abgrenzung zwischen Mediation und richterlicher Streit-schlichtung erfolgen. Außerdem werden für den Mediator Aus- und Fortbildungsvoraussetzungen festgelegt. Die Ausbildung selbst soll mindestens 120 Zeitstunden umfassen. Die weiteren Ausbildungsstandards sollen in einer Rechtsverordnung geregelt werden. Der Bundesrat hat inzwischen das Gesetz in den Vermittlungsausschuss verwiesen.

Unterschreitung des Mindestsatzhonorars nach HOAI

BGH, U.v. 27.10.2011 - VII ZR 163/10

LEITSATZ

1. Ein Ausnahmefall in Form enger wirtschaftlicher Beziehung kann nicht allein daraus hergeleitet werden, dass ein Ingenieur als Nachunternehmer über längere Zeit eine Vielzahl von Aufträgen zu einem unter dem Mindestsatz liegenden Pauschalhonorar ausführt.
2. Einem Ingenieur kann es in Ausnahmefällen nach Treu und Glauben untersagt sein, nach Mindestsätzen abzurechnen, wenn er durch sein Verhalten ein besonderes Vertrauen des Auftraggebers dahin erweckt hat, er werde sich an die unter dem Mindestsatz liegende Pauschalvereinbarung halten.

HINWEIS

Die in der HOAI festgesetzten Mindestsätze dürfen nach § 4 Abs. 2 HOAI a.F. (§ 7 Abs. 3 HOAI 2009) nur in Ausnahmefällen unterschritten werden. Die Ausnahmefälle dürfen aber nicht dazu führen, dass der Zweck der Mindestsatzregelung gefährdet wird, einen "ruinösen Preiswettbewerb" unter Architekten und Ingenieuren zu verhindern. Allerdings können solche Umstände eine Unterschreitung der Mindestsätze rechtfertigen, die das Vertragsverhältnis deutlich von den übrigen Vertragsverhältnissen unterscheiden. Das kann der Fall sein, wenn die vom Architekten geschuldete Leistung nur einen besonders geringen Aufwand erfordert, sofern dieser Umstand nicht schon bei den Bemessungsmerkmalen der HOAI zu berücksichtigen ist. Ein Ausnahmefall kann ferner beispielsweise bei engen Beziehungen rechtlicher, wirtschaftlicher, sozialer oder persönlicher Art oder sonstigen besonderen Umständen gegeben sein. Solche besonderen Umstände können etwa in der mehrfachen Verwendung einer Planung liegen.

Nach Ansicht des BGH lässt sich ein derartiger Ausnahmefall aber nicht allein daraus herleiten, dass die Parteien über mehrere Jahre hinweg bereits siebzehn Mal zusammengearbeitet und jeweils auf der Basis einer Pauschalhonorarvereinbarung abgerechnet haben. Die wiederkehrende Zusammenarbeit von Planern in der Weise, dass der eine Planer einen anderen als Nachunternehmer beauftragt, ist keine un-

gewöhnliche Zusammenarbeit, sondern eine übliche Vertragsgestaltung. Auch in diesen Fällen verdient der als Nachunternehmer eingesetzte Planer den Schutz der HOAI, dass eine Honorarvereinbarung grundsätzlich nur dann wirksam ist, wenn sie schriftlich bei Auftragserteilung im Rahmen der durch die Verordnung festgesetzten Mindest- und Höchstsätze getroffen wird. Ob etwas anderes gilt, wenn der als Nachunternehmer eingesetzte Planer aufgrund eines Rahmenvertrages arbeitet, der ihm sonstige Vorteile bringt, musste der BGH nicht entscheiden. Einen solchen Vertrag hatten die Parteien nicht geschlossen.

HOAI bei Auslandsbauten

OLG Brandenburg, U.v. 25.01.2012 - 4 U 112/08

LEITSATZ

Auf einen Architekten- und Ingenieurvertrag, der – wie hier – Auslandsbauten zum Gegenstand hat, ist die HOAI anwendbar, wenn die Parteien gemäß Art. 27 Abs. 1 EGBGB deutsches Recht gewählt haben.*

RECHTSFRAGE DES MONATS:

Eine Gemeinde beauftragt einen Unternehmer damit, die teerhaltige Asphalt-schicht der Ortsdurchfahrt abzureißen, den darunter liegenden Boden auszuheben und anderweitig zu verwenden. In den Ausschreibungsunterlagen wird zwar die Bodenbeschaffenheit nicht näher beschrieben. Den Beteiligten ist aber klar, dass aufgrund der teerhaltigen Asphalt-schicht der Boden mit Schadstoffen belastet ist. Tatsächlich stellt sich im Rahmen der Bauausführung heraus, dass der Bodenaushub aufgrund der Schadstoffbelastung teilweise deponiert werden muss. Kann der Unternehmer hierfür eine Mehrvergütung verlangen? (Antwort auf Seite 8 des Newsletters)

KOMMISSIONSVORSCHLAG ZUR MODERNISIERUNG DES EUROPÄISCHEN VERGABERECHTS

Am 20.12.2011 hat die Europäische Kommission drei Vorschläge zur Modernisierung des Europäischen Vergaberechts verabschiedet:

- Vorschlag für eine Richtlinie zum öffentlichen Auftragswesen (ersetzt Richtlinie 2004/18),
- Vorschlag für eine Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (ersetzt Richtlinie 2004/17),
- Vorschlag für eine Richtlinie zu Konzessionen.

Durch Flexibilisierung und Vereinfachung der Vergabevorschriften soll die Effizienz gesteigert und kleinen und mittleren Unternehmen sowie Bietern aus anderen Mitgliedstaaten die Beteiligung an Vergabeverfahren erleichtert werden. Behörden sollen Aufträge verstärkt auf elektronischem Wege vergeben und mehr Verhandlungsspielraum erhalten. Außerdem ist vorgesehen, dass öffentliche Auftraggeber grenzüberschreitende Ausschreibungen über das Online-Dokumentenarchiv e-Certis veröffentlichen müssen. Die vom Bieter einzureichenden Unterlagen sollen zudem drastisch reduziert werden. Die Vorschläge werden im sog. Mitentscheidungsverfahren nun von Rat und EU-Parlament verhandelt. Auf nationaler Ebene sind die Richtlinien nach Verabschiedung voraussichtlich bis zum 30.06.2014 in das jeweils geltende Recht umzusetzen.

Vergaberecht

Aufbüdung von ungewöhnlichem Wagnis

OLG Düsseldorf, B.v. 07.12.2011 - Verg 96/11

LEITSATZ

Das grundsätzliche Verbot, Bietern oder Auftragnehmern in der Leistungsbeschreibung oder in sonstigen Vergabeunterlagen ungewöhnliche Wagnisse für Umstände oder Ereignisse aufzubürden, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einfluss auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann, ist aus der VOL/A 2006 nicht in die Neuregelung der VOL/A 2009 übernommen worden (vgl. § 7 VOL/A, § 8 VOL/A-EG). Es besteht als solches nicht mehr und ist auch auf die vorliegende Ausschreibung nicht anzuwenden.*

HINWEIS

Das in der VOL/A 2006 enthaltene Verbot, Bietern oder Auftragnehmern in der Leistungsbeschreibung oder in sonstigen Vergabeunterlagen ungewöhnliche Wagnisse für Umstände oder Ereignisse aufzubürden, auf die sie keinen Einfluss haben und deren Einfluss auf die Preise und Fristen sie nicht im Voraus schätzen können, ist nicht in die Neuregelung der VOL/A 2009 übernommen worden. Nach Ansicht des OLG Düsseldorf besteht dieses Verbot deshalb als solches nicht mehr. Regelungen, die vergabe-

rechtlich nach früherem Recht als Aufbüdung eines ungewöhnlichen Wagnisses gerügt werden konnten, lassen sich nach derzeit geltender Rechtslage in Einzelfällen allenfalls unter dem Gesichtspunkt der (Un-)Zumutbarkeit einer für Bieter oder Auftragnehmer kaufmännisch vernünftigen Kalkulation beanstanden. In diesem Sinn unzumutbar kann zum Beispiel eine Verlagerung vertragstypischer Risiken sein, so u.U. eine Überbüdung des die ausgeschriebene Leistung betreffenden Verwendungsrisikos auf den Auftragnehmer.

Bekanntmachung von Wertungskriterien

OLG Brandenburg, B.v. 19.12.2011 - Verg W 17/11

LEITSATZ

1. Die Frage, in welcher Differenziertheit und Tiefe ein öffentlicher Auftraggeber ein Bewertungssystem im Vorhinein aufzustellen hat, lässt sich nur einzelfallbezogen beantworten.*
 2. Maßgebend ist, dass die Bieter erkennen können, auf welche Gesichtspunkte es dem Auftraggeber mit welcher Gewichtung ankommt, so dass sie ihr Angebot nach den Bedürfnissen des Auftraggebers optimal gestalten können.*
-

Unklare Angaben zu einer Typenbezeichnung

OLG Brandenburg, B.v. 06.09.2011 - 6 U 2/11

LEITSATZ

1. Fordert der Auftraggeber in einem vom Bieter auszufüllenden Leistungsverzeichnis nicht nur die Angabe des Herstellers, sondern auch eine Bezeichnung von Typ/Fabrikat des anzubietenden Produktes, hat der Bieter so präzise Angaben zu machen, dass das Produkt für die Vergabestelle identifizierbar ist.
2. Muss die Angabe einer Typenbezeichnung im Leistungsverzeichnis vom Empfängerhorizont dahingehend verstanden werden, dass der Bieter das vom Hersteller unter dieser Bezeichnung standardmäßig angebotene Produkt anbietet, und ist hiermit die Produktbeschreibung im Leistungsverzeichnis nicht in Einklang zu bringen, sind die Bieterangaben unklar. Dies muss im Ergebnis so behandelt werden, als sei überhaupt keine Eintragung im Leistungsverzeichnis vorgenommen worden.

Fehlen von Eignungserklärungen und -nachweisen

OLG Celle, B.v. 16.06.2011 - 13 Verg 3/11

LEITSATZ

Bewerbungsbedingungen, die vorsehen, dass Unterlagen, die von der Vergabestelle nach Angebotsabgabe verlangt werden, zu einem von ihr bestimmten Zeitpunkt einzureichen sind und, dass das Angebot andernfalls ausgeschlossen wird, sind mit § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A unvereinbar. § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A ist auf Eignungserklärungen und -nachweise im Rahmen der formalen Eignungsprüfung analog anzuwenden.*

HINWEIS

Bei einer europaweiten Ausschreibung im Offenen Verfahren sahen die EU-Bewerbungsbedingungen vor, dass die von der Vergabestelle nach Angebotsabgabe verlangten Unterlagen zu dem von der Vergabestelle bestimmten Zeitpunkt einzureichen sind. Sollten die Unterlagen nicht vollständig und fristgerecht vorgelegt werden, war hiernach zwingend das Angebot auszuschließen. Nach Ansicht des OLG Celle verstößt diese Bewerbungsbedingung gegen § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A, weil diese Vorschrift – der Auffassung in der Literatur folgend –

ANTWORT ZUR RECHTSFRAGE DES MONATS (SEITE 6)

Zwar ist die Bodenbeschaffenheit in den Vergabeunterlagen entgegen § 9 VOB/A a.F. nicht näher beschrieben. Nach Auffassung des BGH musste aber der fachkundige Bieter damit rechnen, dass aus der teerbelasteten Asphaltdecke Schadstoffe in den Boden sickern. Eine besondere Erwähnung der Schadstoffbelastung war daher nicht erforderlich gewesen. Der Unternehmer kann somit keine zusätzliche Vergütung verlangen (vgl. BGH, TSP-Newsletter 1/2012, S. 2).

auch auf Eignungserklärungen und -nachweise im Rahmen der formalen Eignungsprüfung analog anzuwenden ist. Nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A muss die Vergabestelle fehlende Erklärungen oder Nachweise zunächst nachfordern. Erst wenn die Erklärungen oder Nachweise nicht innerhalb von maximal 6 Kalendertagen der Vergabestelle vorgelegt werden, ist das Angebot auszuschließen. Allerdings war vorliegend der ohne Weiteres erkennbare Vergabeverstoß in den Bewerbungsbedingungen nicht rechtzeitig gem. § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB bis zum Ablauf der Angebotsfrist gerügt worden, sodass der später eingereichte Nachprüfungsantrag mangels rechtzeitiger Rüge des Vergabeverstoßes schon unzulässig war.

Schiedswesen

Befangenheit des Schiedsrichters

OLG Frankfurt, B.v. 28.03.2011 - 26 SchH 2/11

LEITSATZ

1. Eine Besorgnis der Befangenheit kann nur dann angenommen werden, wenn nach den Umständen des konkreten Falles ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Schiedsrichters zu rechtfertigen. Maßgebend hierfür ist allein, ob vom Standpunkt der Partei aus genügend objektive Gründe vorliegen, die aus der Sicht eines vernünftigen Menschen die Befürchtung wecken können, der betreffende Schiedsrichter stehe der Sache nicht unvoreingenommen und damit nicht unparteiisch gegenüber.*

2. Die ehemalige Partnerschaft des Schiedsrichters in einer Anwaltskanzlei, die eine anwaltliche Beziehung zu einer Schiedspartei unterhielt, begründet keinen Ablehnungsgrund.*

3. Unterlässt ein Schiedsrichter den Hinweis auf Umstände, die eindeutig und klar ungeeignet sind, die Besorgnis seiner Befangenheit zu begründen, so liegt darin weder ein Pflichtenverstoß noch ein gesonderter Ablehnungsgrund.*

Immobilienrecht

Mieteintrittsvereinbarung

OLG Düsseldorf, U.v. 23.01.2012 - 10 U 66/11

LEITSATZ

Die Schriftform eines langfristigen Mietvertrages ist bei einem rechtsgeschäftlichen Mieterwechsel durch zweiseitigen Vertrag zwischen Alt- und Neumieter ungeachtet der formfrei möglichen Zustimmung des Vermieters nur eingehalten, wenn diese Mieteintrittsvereinbarung dem Schriftformanfordernis des § 550 BGB genügt. Das erfordert,

Theißen Stollhoff & Partner
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT



– INTERN –

➤ Vergaberecht:

TSP betreut gegenwärtig mehrere große Vergabeverfahren im Sektorenbereich. Schwerpunkte bilden hier wirtschaftlich bedeutsame Beschaffungsvorgänge des öffentlichen Personennahverkehrs. Des Weiteren konnten jüngst zwei vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren zugunsten der öffentlichen Vergabestellen erfolgreich abgeschlossen werden.

➤ Baurecht:

Baubegleitend berät *TSP* gegenwärtig u.a. ein großes Neubauprojekt (Wohnungsbau). Daneben werden aktuell umfängliche Mängelansprüche für einen öffentlichen Auftraggeber realisiert. Das von *TSP* von Beginn an beratene und rechtlich konzipierte Botschaftsneubauvorhaben in Berlin feierte am 18.01.2012 pünktlich Richtfest.

➤ TSP-Partner:

LawLink, The Global Law Group, deren Mitglied *TSP* ist, veranstaltet am 02. bis 06. Mai 2012 in Warschau ihr internationales Jahrestreffen. *TSP* vertritt hier den Themenbereich „Immobilienrecht in Europa“.

➤ TSP-Personalia:

Wir begrüßen als neuen Rechtsanwalt bei *TSP* den Wirtschaftsstrafrechtler und Compliance-Spezialisten, Herr RA PD Dr. Joachim Kretschmer. Der habilitierte Wirtschaftsjurist wechselte zur Jahreswende von einer Kölner Spezial-Kanzlei zu *TSP*. Er ist insbesondere im Compliance-Bereich für öffentliche Unternehmen tätig. Für das II. Quartal 2012 plant *TSP* darüber hinaus eine weitere personelle Verstärkung. Über Einzelheiten hierzu werden wir Sie kurzfristig informieren.

dass der Mieter oder der Mietnachfolger dessen Eintritt in die Mieterstellung durch eine Urkunde belegen kann, die ausdrücklich auf den Ursprungsmietvertrag Bezug nimmt. Die vertragliche Auswechslung des Mieters muss darin zur Wahrung der Schriftform dergestalt beurkundet sein, dass sich die vertragliche Stellung des Mietnachfolgers im Zusammenhang mit dem zwischen dem bisherigen Mieter und dem Vermieter geschlossenen Mietvertrag ergibt.*

HINWEIS

Nach bisheriger Rechtsprechung des BGH ist die Zustimmung des Mieters zu einem zwischen früherem und neuem Vermieter vereinbarten Vermieterwechsel wie auch die Zustimmung des neuen Mieters zu einem vom Vermieter und altem Mieter vereinbarten Mieterwechsel grundsätzlich formfrei möglich. Das OLG Düsseldorf erweitert diese Rechtsprechung auf einen zwischen Alt- und Neu-Mieter vereinbarten Mieterwechsel. Auch in diesem Fall bedarf die Zustimmung des Vermieters nicht der Schriftform des § 550 BGB. Gleichwohl ist bei rechtsgeschäftlichen Mieterwechseln auf eine sorgfältige Gestaltung der Mieteintrittsvereinbarung zu achten. Eine unzureichende oder fehlerhafte Bezugnahme auf den bestehenden Mietvertrag schadet dem Schriftformerfordernis und kann zur vorzeitigen Kündigung des Mietvertrags führen.

Verschweigen fehlender Baugenehmigung

OLG Rostock, U.v. 08.12.2011 - 3 U 16/11

LEITSATZ

1. Ausnahmsweise steht der positiven Kenntnis im Rahmen einer Arglist die bloße Erkennbarkeit von aufklärungspflichtigen Tatsachen gleich, wenn sich diese dem Täuschenden nach den Umständen des Einzelfalles aufdrängen mussten. Derjenige ist dann nach Treu und Glauben nicht berechtigt, seine Augen vor solchen Tatsachen zu verschließen. Weigert sich also der Verkäufer einer Immobilie, von sich aufdrängenden Umständen und deren sich ebenfalls aufdrängenden Bedeutung für einen Käufer Kenntnis zu nehmen, muss dies nach den für die Bankenhaftung entwickelten Grundsätzen dem positiven Wissen, dem sich der Verkäufer verschließt, gleichstehen.
2. (...)

Prüfungspflichten des Maklers

AG Mannheim, U.v. 13.01.2012 - 3 C 273/11

LEITSATZ

1. Der Maklerlohn ist nach dem Rechtsgedanken des § 654 BGB verwirkt, wenn er seine Treuepflicht gegenüber dem Auftraggeber in mindestens einer dem Vorsatz nahekommenden, grob leichtfertigen Weise verletzt.
2. Um seinen Maklerlohn nicht zu gefährden, muss er alle Informationen an seinen Kunden weitergeben, die für diesen erkennbar für den Abschluss des Vertrages von Bedeutung sind. Informationen seines Auftraggebers darf er grundsätzlich ungeprüft weitergeben, es sei denn diese sind für ihn erkennbar unzutreffend.
3. Ist der Makler mit einer "Mutter" verbunden, sind ihm deren Wissen nach dem Gesichtspunkt der Pflicht zu ordnungsgemäßer Kommunikation zuzurechnen. Diese Wissenszurechnung soll sicherstellen, dass die am Rechtsverkehr teilnehmende Organisation die Informationen weitergibt, wenn deren Relevanz für den konkret Wissenden für Geschäftspartner der Organisation von Relevanz ist. Diese Verpflichtung darf nicht dazu führen, dass der Vertragspartner im Ergebnis besser gestellt wird, als bei einem Vertragsabschluss mit einer natürlichen Person. Deshalb ist die Maklerabteilung einer Bank nicht gehalten bei der Kreditabteilung Rückfrage zu möglichen Immobiliervollstreckungen zu halten, wenn in einer vergleichbaren Situation eine Einzelperson als Makler sich auf die Vollständig- und Richtigkeit der Angaben seines Auftraggebers verlassen darf.

Nutzungsfortsetzung nach fristloser Kündigung

OLG Koblenz, U.v. 15.02.2012 - 5 U 1159/11

LEITSATZ

1. Ist das Mietverhältnis durch eine Kündigung wirksam beendet worden, kann der alte Vertrag nicht dadurch wieder aufleben, dass die Kündigung vom Vermieter zurückgenommen wird.
2. (...)

Auf einen Blick

Checkliste: Prüfung der Bürgschaftsurkunde - bei Stellung der Sicherheit nach § 17 Abs. 4 VOB/B -

Die nachfolgende Checkliste gibt an, welche Punkte vom Auftraggeber bei Vorlage einer Bürgschaftsurkunde in der Regel geprüft werden sollten. Die Checkliste ist nicht abschließend. Ergibt die Prüfung, dass die Bürgschaftserklärung nicht den Vorgaben der Sicherungsabrede im Bauvertrag oder den Anforderungen nach § 17 Abs. 4 VOB/B entspricht, kann die Bürgschaft vom Auftraggeber zurückgewiesen werden.

Folgende Anforderungen müssen in der Regel erfüllt sein:

- **Tauglicher Bürge** (d.h. – soweit im Vertrag nichts anderes vereinbart ist – ein in der Europäischen Gemeinschaft, in einem Staat der Vertragsparteien des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder in einem Staat der Vertragsparteien des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen zugelassenes Kreditinstitut oder Kreditversicherer)
- **Inhalt der Bürgschaftserklärung (ggf. nach dem Bürgschafts-Muster des Bauvertrages)**
 - Art der Bürgschaft (Vertragserfüllung und/oder Mängelhaftung)
 - Bürgschaftsbetrag (Währung; zutreffende Berechnung – entsprechend der Sicherungsabrede - nach Angebotssumme, Auftragssumme oder Schlussrechnungssumme; netto oder brutto)
 - Umfang der Bürgenhaftung (Haftung – entsprechend der Sicherungsabrede – für Vertragsstrafenansprüche, Erstattung von Überzahlungen, Nachträge, Ansprüche nach Arbeitnehmerentendegesetz, Nichtzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen, Steuern oder Beiträgen zur Urlaubskasse)
 - Verzicht auf die Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB), d.h. selbstschuldnerische Bürgschaft
 - Verzicht auf die Einreden der Anfechtung und der Aufrechnung (§ 770 BGB) mit dem Hinweis, dass dieser Verzicht nicht für unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Gegenforderungen des Auftragnehmers gilt
 - Unbefristete, unwiderrufliche und bedingungsfreie Bürgschaftserklärung
 - Verzicht des Bürgen auf das Recht der Hinterlegung
 - Keine Bürgschaft auf erstes Anfordern
 - Einhaltung sonstiger vertraglicher Vorgaben (Gerichtsstand, Rechtswahl deutsches Recht, Verjährungsregelung)
- **Vorlage der Bürgschaftsurkunde im Original**



Fraunhofer IRB Verlag

Der Fachverlag zum Planen und Bauen

www.baufachinformation.de

Dr. Rolf Theißen

VOB/B - Bauvertragsabwicklung anhand von Musterformularen

**Ein Leitfaden für öffentliche und
gewerbliche Auftraggeber**

**VOB/B -
Bauvertragsabwicklung
anhand von Musterformularen**

Dr. Rolf Theißen
2., aktual. Aufl., 2011,
268 Seiten,
80 Bau-Musterformulare,
Gebunden,
ISBN 978-3-8167-8531-6,
€ 49,-

Wegen Änderungen in der Rechtsprechung liegt die Musterformularsammlung nun in der 2. Auflage überarbeitet vor. Es sind zusätzliche Musterformulare hinzugefügt worden, sodass mit dieser Sammlung dem öffentlichen und gewerblichen Auftraggeber ein Leitfaden an die Hand gegeben wird, der die praktische Abwicklung eines Bauvorhabens deutlich erleichtert.

Entsprechend dem Ablauf eines Bauprojekts sind die Musterformulare nach 17 Praxisschwerpunkten strukturiert, die typische Abwicklungsschwerpunkte und Konfliktsituationen während eines Bauablaufs behandeln und zu lösen helfen. Zu jedem Musterformular werden zugleich Praxishinweise gegeben. Schaubilder und Checklisten ergänzen das Werk. Die Musterbriefe richten sich an den Praktiker. Sie wurden bereits in zahlreichen Bauvorhaben mit gutem Erfolg angewandt.