

Newsletter

der Rechtsanwälte Dres. Theißen & Stollhoff

Baurecht, Immobilienrecht, Ingenieurrecht, Vergaberecht

AKTUELLES AUS DER RECHTSPRECHUNG

Baurecht

Aufrechnung des Bauträgers mit Restkaufpreisansprüchen gegen einzelne Eigentümer

OLG Nürnberg, U.v. 17.9.1999 – 6 U 4530/98

LEITSATZ

Gegen den von den Wohnungseigentümern gemeinsam erhobenen Schadensersatzanspruch wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum kann der Bauträger nicht mit Restkaufpreisansprüchen gegen einzelne Eigentümer aufrechnen.

HINWEIS

Das Oberlandesgericht hat hier

entschieden, dass der Bauträger schon deshalb nicht aufrechnen durfte, weil ansonsten der nicht nachbessernde Bauträger besser gestellt wäre, als der nachbessernde. Die juristische Frage, ob Mitglieder einer Eigentums-gemeinschaft Gesamtgläubiger oder Mitgläubiger sind, war deshalb nicht zu klären. Nur gegenüber Gesamtgläubigern wäre der Schuldner berechtigt gewesen, auch mit Gegenforderungen aufzurechnen, die ihm nur gegen einzelne Gläubiger zustehen.

Gerichtliche Bestimmung eines neuen Preises nach § 2 Nr. 5 VOB/B

OLG Sachs.-Anh., U.v. 16.9.99 – 14 U 12/99

LEITSATZ

1. Sofern die Parteien sich nicht nach § 2 Nr. 5 VOB/B unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten auf einen neuen Preis verständigen können, hat das Gericht über einen neuen Preis zu entscheiden.

INHALT

Aktuelles aus der Rechtsprechung	1
Nachrichten aus der Bau- und Immobilienwirtschaft	
➤ Weniger Bauaufträge	2
➤ Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen	3
➤ Vollständige Textausgabe der VOB im Internet	4
➤ Brüssel will Wettbewerb im öffentl. Personenverkehr	5
➤ Die Bauwirtschaft ist noch nicht EU-reif	6
➤ Tarifreue-Gesetz verfassungswidrig ?	7
Dres. Theißen & Stollhoff - Intern	9
Auf einen Blick	
➤ Die beschlossenen Änderungen der VOB/B 2000	10

Editorial

Das Bauvertragsrecht erfährt derzeit zahlreiche Veränderungen. Bereits zum 1. Mai diesen Jahres ist das sogenannte „Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen“ in Kraft getreten. Darüber hinaus wird die VOB/B in insgesamt zehn Punkten geändert.

Mit dem vorliegenden aktuellen Newsletter informieren wir Sie über diese Neuregelungen. Ferner haben wir wieder für den Praktiker ausgewählte Rechtsprechungshinweise zum Bau-, Architekten- und Vergaberecht sowie – erstmals – zum Energierecht aufgenommen.

Dres. Theißen & Stollhoff

Impressum

Herausgeber:

Dres. Theißen und Stollhoff

Rechtsanwälte und Notariat

Cuxhavener Straße 14

10555 Berlin

Telefon (030) 399776-0

Telefax (030) 399776-22

2. Der neue Preis kann aufgrund von Kalkulationen nach § 287 Abs. 2 ZPO geschätzt werden. Kalkulationsfehler bei

HINWEIS

Der Bundesgerichtshof hat zur Prüfpflicht des Werkunterneh-

einmal mündliche Hinweise auf Mängel, kann er dem Auftraggeber nicht entgegenhalten, dieser habe seinerseits die Bauaufsichtspflicht verletzt.

WENIGER BAUAUFTRÄGE

Das Baugewerbe verzeichnete 1999 in Deutschland preisbereinigt 1,3% weniger Auftragseingänge als im Vorjahr. Im früheren Bundesgebiet wurde zwar ein reales Auftragsplus von 1,8% gegenüber 1998 erzielt, in den neuen Ländern und Ost-Berlin ging die Nachfrage dagegen um 9,0% zurück. In Deutschland waren im Bauhauptgewerbe im Durchschnitt 1999 1,11 Mio. Personen tätig, 46.000 weniger als im Vorjahr.

der Bestimmung des ursprünglichen Einheitspreises sind, da das gegebene Preisgefüge aufrechterhalten bleiben muss, hierbei nur ausnahmsweise durch Berechnung eines "realistischen" Preises zu korrigieren.

mers für den Fall Stellung genommen, dass der Bauherr/Auftraggeber Baustoffe oder Bauteile selbst beschafft. Nach Meinung des Bundesgerichtshof muss der Werkunternehmer in jedem Fall die vom Auftraggeber angelieferten Baustoffe/Bauteile auf ihre Geeignetheit hin überprüfen. Dies soll selbst dann gelten, wenn der Bauherr/Auftraggeber es übernommen hat, sich um die nötige Beschaffenheit zu kümmern.

Prüfungspflicht des Bau-Unternehmers I

BGH., U.v. 14.9.99 – X ZR 89/97

LEITSATZ

Den Werkunternehmer trifft in der Regel auch ohne besondere Zusage eine Pflicht, sich nach Anlieferung durch Überprüfung der vom Besteller angelieferten Sachen zu vergewissern, dass diese zur Herstellung eines mangelfreien Werks geeignet sind. Diese Prüfungspflicht besteht regelmäßig unabhängig davon, ob der Unternehmer dem Besteller vor der Anlieferung einen Hinweis über die benötigte Beschaffenheit gegeben oder der Besteller es übernommen hat, sich um die nötige Beschaffenheit zu kümmern.

PRAXISHINWEIS

Der Bauunternehmer muss in jedem Fall angelieferte Baustoffe/Bauteile überprüfen und ggf. gemäß § 4 Nr. 3 VOB/B seine Bedenken schriftlich mitteilen.

Prüfungspflicht des Bau-Unternehmers II

OLG Düsseldorf, U.v. 12.11.99 - 22 U 71/98

Prüft ein Handwerker die Vorleistungen anderer Unternehmer überhaupt nicht und gibt er seinem Auftraggeber nicht

HINWEIS

In der vorstehenden Entscheidung waren Leistungen der Vorunternehmer mangelhaft. Der Werkunternehmer hat diese Vorleistungen nicht auf Mängel hin überprüft. Später erhob er den Einwand, dass auch der Auftraggeber seiner Bauaufsichtspflicht nicht Genüge getan habe. Das Oberlandesgericht hat hier entschieden, dass dieser Einwand nicht durchgreift. Den Werkunternehmer trifft eine Pflicht zur Überprüfung der Vorleistungen. Kommt er dieser nicht nach, so haftet er.

PRAXISHINWEIS

Leistungen eines Vorunternehmers sind zu überprüfen. Soweit Mängel festgestellt werden, muss vom Werkunternehmer gemäß § 4 Ziff. 3 VOB/B eine schriftliche Bedenkenanmeldung erfolgen.

Kündigung wegen des unberechtigten Zurückhaltens von Abschlagszahlungen ♦ Berechnung der Vergütungsansprüche nach Kündigung

OLG Celle, U.v. 24.2.99 - 14a (6) U 4/98

LEITSATZ

1. Hält der Auftraggeber bei einem VOB/B-Bauvertrag Abschlagszahlungen ohne Mitteilung nachvollziehbarer Gründe zurück, ist der Auftragnehmer

GESETZ ZUR BESCHLEUNIGUNG FÄLLIGER ZAHLUNGEN

Seit dem 01.05.2000 gelten folgende Regelungen:

- Schuldner von Geldforderungen – mit Ausnahme von wiederkehrenden Geldforderungen - kommen 30 Tage nach Fälligkeit und Zugang einer Rechnung oder einer gleichwertigen Zahlungsaufforderung in Verzug. Eine Mahnung ist nicht mehr erforderlich. Die Geldschuld ist hierbei während des Verzuges für das Jahr mit 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen.
- Des Weiteren hat ein Werkunternehmer das Recht auf Abschlagszahlungen für abgeschlossene Teile des Werkes und beschafftes Material.
- Der Besteller einer Werkleistung kann nunmehr die Abnahme nicht mehr wegen geringfügiger Mängel verweigern. Der Abnahme steht gleich, wenn nicht fristgerecht abgenommen wird.
- Kann der Besteller eines Werkes Mängelbeseitigung verlangen, so kann er nach Abnahme die Zahlung eines angemessenen Teils der Vergütung verweigern; mindestens in 3facher Höhe der Mängelbeseitigungskosten.
- Ferner wird die Vergütung eines Werkunternehmers, dessen Werk der Besteller einem Dritten versprochen hat, spätestens zu dem Zeitpunkt fällig, zu dem der Besteller von dem Dritten für das versprochene Werk wegen dessen Herstellung seine Vergütung erhält.
- Die Fälligkeit der Vergütung einer Werkleistung tritt auch bei Vorlage einer sog. Fertigstellungsbescheinigung eines unabhängigen Sachverständigen ein.
- Die Höhe der Bauhandwerkssicherheit gem. § 648a BGB bestimmt sich nach der vertraglich vereinbarten Vergütung plus 10% für Nebenforderungen.
- Wird die Sicherheit nach § 648a BGB vom Bauherrn nicht erbracht und endet deshalb das Vertragsverhältnis, so gilt die Vermutung, dass der Schaden des Auftragnehmers 5% der Vergütung beträgt.

nach fruchtlosem Ablauf einer Nachfrist (§ 9 Nr. 2 S. 2 VOB/B) berechtigt, das Vertragsverhältnis wegen empfindlicher Störung des Vertrauensverhältnisses aus wichtigem Grund zu kündigen, auch wenn wegen eines objektiv bestehenden Leistungsverweigerungsrechtes des Auftraggebers aus

§ 320 BGB kein Zahlungsverzug vorgelegen haben sollte.

2. Bei einer solchen Kündigung des Auftragnehmers beschränken sich die Vergütungsansprüche des Auftragnehmers für die nicht mehr erbrachten Leistungen auf eine angemessene Entschädigung nach § 642 BGB in Gestalt einer Abfindung für die

Vorhaltung von Arbeitskraft und Kapital (Geräte) sowie für Verwaltungsaufwendungen und entgangenen Gewinn, ohne dass die Vorschrift des § 649 BGB heranzuziehen ist. § 649 BGB findet bei einer Kündigung des Auftragnehmers aus wichtigem Grund nämlich nur dann Anwendung, wenn der Auftraggeber die Vertragserfüllung endgültig verweigert oder die Leistung des Auftragnehmers wegen Mitwirkungsverweigerung des Auftraggebers unmöglich wird.

HINWEIS

Im vorliegenden Fall hatte der Auftraggeber ohne Begründung Abschlagszahlungen nicht geleistet. Der Auftragnehmer setzte ihm sodann eine Nachfrist. Nach deren Ablauf kündigte der Auftragnehmer das Vertragsverhältnis aus wichtigem Grunde. Später stellte sich heraus, dass dem Auftraggeber ein Leistungsverweigerungsrecht zustand, so dass kein Zahlungsverzug des Auftraggebers gegeben war.

In einem solchen Fall kann der Auftragnehmer grundsätzlich nicht nach § 9 Nr. 1 b VOB/B kündigen. Das Oberlandesgericht Celle stellt jedoch in seiner Entscheidung klar, dass der Auftraggeber verpflichtet ist, „für seine Zahlungsverweigerung nachvollziehbare Gründe“ anzugeben. Tut er dies nicht, so ist der Auftragnehmer - nach Ansicht des OLG Celle - berechtigt, das Vertragsverhältnis „wegen empfindlicher Störungen des Vertrauensverhältnisses aus wichtigem Grund zu kündigen“ und zwar auch dann, wenn

wegen berechtigter Zahlungsverweigerung kein Verzug des Auftraggebers vorlag.

PRAXISHINWEIS

Im Falle einer Zahlungsverweigerung von Abschlagszahlungen muss der Auftraggeber dem Auftragnehmer die Gründe mitteilen.

Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern in AGB eines Bauvertrages

OLG Stuttgart, U.v. 26.1.00 - 9 U 201/99

LEITSATZ

Die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers enthaltene Verpflichtung des Unternehmers zur Gestellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern in Höhe von 5% der Auftragssumme als Sicherheit für die vertragsgemäße Ausführung einschließlich Abrechnung und Schadensersatz sowie für die Erstattung von Überzahlungen verstößt bei gleichzeitiger Vereinbarung von Abschlagszahlungen nicht gegen § 9 AGBG, weil die Bestimmung nicht von einem wesentlichen Grundgedanken der einschlägigen gesetzlichen Regelung abweicht.

HINWEIS

Der Bundesgerichtshof hat bekanntlich entschieden, dass die Ablösung eines Gewährleistungseinhaltes (nur) durch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern gemäß § 9 AGBG unwirksam ist. Manche Untergeichte meinen nun, dass auch

VOLLSTÄNDIGE TEXTAUSGABE DER VOB IM INTERNET

Seit der Einführung Anfang September 1999 haben bereits mehr als 1.000 Nutzer sich im WWW bei vob-online.de registriert und ein persönliches Passwort erhalten. Das Passwort gestattet unbegrenzten und kostenfreien Zugang zu allen 59 Normen der VOB. Die Nutzer stellen ein breites Spektrum der Baubranche dar – Bauunternehmen, Ingenieurbüros, Handwerksbetriebe und Verbände.

Das Internet-Angebot ist ständig aktuell. Bei Verweisen auf andere Normen im Text kann der Nutzer – durch die Verknüpfung mit der DIN-Datenbank – deren Titel, Ausgabedatum und Preis aufrufen und bei Bedarf die Normen gleich online bestellen.

VOB-online wird im Auftrag des Deutschen Normungsausschusses für Bauleistungen vom DIN Deutschen Institut für Normung e.V. herausgegeben. Entwickelt und umgesetzt wurde diese Anwendung vom Beuth Verlag GmbH, Berlin.

http://www.vob-online.de/pub/vob_uebertblick.html

die Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern im Formularvertrag gegen § 9 AGBG verstoße. Das Oberlandesgericht Stuttgart hat nunmehr in der vorstehend zitierten

Entscheidung - zu Recht - entschieden, dass eine Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern wirksam ist, d.h. nicht gegen § 9 AGBG verstößt.

Einbeziehung der VOB/B in einen Bauvertrag

OLG Celle, U.v. 3.1.00 - 16 W 51/99

LEITSATZ

1. Die Einbeziehung der VOB/B in einen Bauvertrag durch den Auftragnehmer kann gegenüber einem im Baubereich nicht bewanderten Auftraggeber nur erfolgen, indem der volle Text der VOB/B in der gültigen Fassung übergeben wird; unzureichend ist es, nur die den Auftraggeber belastenden Vorschriften im Wortlaut zu übergeben.

2. Eine wirksame Einbeziehung der VOB/B erfolgt auch nicht dadurch, dass im Rechtsstreit zunächst beide Parteien über Jahre hinweg von der Geltung der VOB/B ausgehen.

Architektenrecht

Vorlage einer prüffähigen Schlussrechnung in zweiter Instanz?

OLG Frankfurt, U.v. 21.4.99 - 9 U 48/98

LEITSATZ

1. Ein Bauplaner kann seine prüffähige Schlussrechnung auch noch in der Berufungsinstanz seines Honorarprozesses vorlegen.

2. In diesem Fall trägt er jedoch die dadurch entstandenen Kosten (§ 97 Abs. 2 ZPO).

3. Prüffähigkeit und inhaltliche Richtigkeit der Schlussrechnung sind nicht miteinander gleichzusetzen.

4. Soweit der Bauherr dem Planer die anrechenbaren Kosten trotz Nachfrage nicht mitteilt, darf er diese schätzen.

HINWEIS

Diese Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt erfasst gleich mehrere interessante Aspekte des Architektenrechts: Zunächst wird nochmals festgehalten, dass der Planer, der in der 1. Instanz keine prüffähige Schlussrechnung vorlegen konnte, dies noch in der Beru-

fungsinstanz nachholen kann. Er trägt allerdings dann die zuvor entstandenen Kosten des Verfahrens. Weiterhin stellt das Oberlandesgericht nochmals klar, dass die Begriffe der „Prüffähigkeit“ und der „Richtigkeit“ einer Schlussrechnung unterschiedlich sind. In der Praxis finden sich häufig Rechnungen, die zwar prüffähig sind (und damit fällig), die gleichwohl inhaltlich nicht richtig sind (z.B. wegen unrichtiger Angabe einer Honorarzone oder überhöhter anrechenbarer Kosten).

Schließlich bestätigt das Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt nochmals die Rechtsprechung, nach welcher der Planer die anrechenbaren Kosten für seine Schlussrechnung schätzen darf, wenn diese Kosten ihm nicht von dem Auftraggeber

mitgeteilt wurden.

Architektenhaftung aufgrund nicht nachbesserungsfähigem Planungsmangel

BGH, U.v. 30.9.1999 – VII ZR 162/97

LEITSATZ

Liegt ein nicht mehr nachbesserungsfähiger Mangel eines Architektenwerkes vor, kann der Besteller des Architektenwerkes Schadensersatz nach § 635 BGB geltend machen. Dieser Anspruch setzt eine Abnahme nicht voraus. Er unterliegt der dreißigjährigen Regelverjährung nach § 195 BGB.

HINWEIS

Die vorstehende Entscheidung festigt die ständige Senatsrechtsprechung. Demnach hat der umfassend beauftragte Architekt als Werkerfolg die mangelfreie Errichtung des geplanten Bauwerks zu bewirken. Wenn sich ein Mangel seiner Planung oder seiner Bauaufsicht im Bauwerk verwirklicht hat und eine Nachbesserung nicht mehr in Betracht kommt, kann der Besteller die Gewährleistungsansprüche (Minderung, Wandlung, Schadensersatz) auch ohne Abnahme geltend machen.

Die dreißigjährige Verjährungsfrist beginnt mit der Abnahme bzw. mit der Vollendung des Werkes, soweit eine Abnahme ausgeschlossen ist, oder mit der ernsthaften und endgültigen Ablehnung der Abnahme durch den Besteller; dies gilt auch, wenn die Abnahme zu Recht vom Besteller verweigert wird.

BRÜSSEL WILL WETTBEWERB IM ÖFFENTLICHEN PERSONENVERKEHR

Die EU-Kommission will den öffentlichen Personenverkehr in allen Mitgliedsstaaten für den Wettbewerb öffnen. Nach dem Entwurf der EU-Verordnung sollen Städte, Gemeinden und Regionen künftig gezwungen sein, ihre Verkehrsdienstleistungen alle fünf Jahre international neu auszuschreiben. Ihren eigenen Verkehrsbetrieben und Stadtwerken dürfen sie nur dann den Zuschlag erteilen, wenn diese nachweislich besser und kostengünstiger als private Wettbewerber arbeiten. Auch die Vergabe von Subventionen soll auf diese Weise transparent werden.

Die geplante EU-Verordnung soll dem Grundsatz nach für alle Verkehrsunternehmen auf der Straße, der Schiene und den Wasserwegen gelten, gleichgültig ob es sich um den Nah- oder den Fernverkehr handelt. Als Übergangsfrist sieht der Entwurf drei Jahre vor. Nur eine große Ausnahme ist geplant: Beim Schienenverkehr soll die öffentliche Hand dann auf Ausschreibungen verzichten können, wenn sie geltend machen kann, dass der Wettbewerb die Sicherheit und die Effizienz des Verkehrs beeinträchtigen würde.

Fälligkeit des Architektenhonorars bei vorzeitiger Beendigung des Vertrages

BGH, U.v. 11.11.99 - VII ZR 73/99

LEITSATZ

Ein Architektenhonorar wird auch bei vorzeitiger Beendigung des Architektenvertrages erst fällig, wenn der Architekt eine prüffähige Schlussrechnung erteilt (Bestätigung BGH,

HINWEIS

In dieser Entscheidung hat der BGH seine Rechtsprechung, dass die Verjährung auch bei vorzeitiger Beendigung eines Architektenvertrages erst mit dem Vorliegen einer prüffähigen Honorarrechnung beginnt, bestätigt.

Dem Vergütungsanspruch steht auch nicht der Einwand aus Treu und Glauben entgegen,

Anforderungen an die Schlussrechnung nach vorzeitiger Beendigung eines Architekten- oder Ingenieurvertrages

BGH, U.v. 28.10.99 - VII ZR 326/98

LEITSATZ

1. Auch Architekten und Ingenieure müssen mit der Schlussrechnung die ersparten Aufwendungen aus einem gekün-

DIE BAUWIRTSCHAFT IST NOCH NICHT EU-REIF

Firmen stoßen nach wie vor auf Schwierigkeiten, wenn sie im Ausland investieren wollen. Deutsche Bauunternehmen, die im europäischen Ausland investieren wollen, scheitern häufig immer noch an unterschiedlichen Reglements der Länder und an verschiedenen Marktgepflogenheiten. Auf dem Weg zu einem Europa ohne Grenzen ist die Bauwirtschaft, auch in anderen EU-Staaten, noch nicht sonderlich weit gekommen. So gibt es in Frankreich über die Vergabe von Aufträgen Absprachen zwischen den Firmen untereinander, aber auch mit der Regierung. Der deutsche Markt ist gegenüber ausländischen Firmen offener.

Unterschiedliche Verhaltensweisen im Management sind Gründe für Investitionsschwierigkeiten in fremden Ländern. Die beste Variante des Einstiegs ins ausländische Geschäft ist der Kauf einer dort ansässigen Firma.

Zudem wäre die deutsche Bauwirtschaft international konkurrenzfähiger, wenn es weniger illegale Beschäftigung gäbe. Des Weiteren herrscht in Deutschland ein zerstörerischer Konkurrenzkampf aufgrund der Beschäftigung von derzeit etwa 150 000 Bauarbeiter aus so genannten Niedriglohnländern - mit „katastrophalen Renditen“ in der Folge.

U.v. 19.06.86 - VII ZR 221/85). Weder die Vorlage einer nicht prüffähigen Rechnung, noch die späte Vorlage einer prüffähigen Rechnung bedeuten für sich alleine treuwidrige Verhaltensweisen des Architekten. Vielmehr müssen zusätzliche Umstände gegeben sein, um aus Gründen von Treu und Glauben rechtliche Folgen einer Fälligkeit des Honoraranspruchs für einen Zeitpunkt annehmen zu können, in dem eine prüfbare Honorarschlussrechnung des Architekten noch nicht vorgelegen hat.

weil der Kläger erst nach 5 Jahren und mit der 4. Schlussrechnung eine prüffähige Rechnung vorlegen konnte. Weder die Vorlage nicht prüffähiger Rechnungen noch der Zeitumstand allein stellen eine treuwidrige Verhinderung oder Verzögerung des Verjährungsbeginns dar. Vielmehr müssen zusätzliche Umstände hinzukommen, um einen Missbrauch zu bejahen. Ein solcher zusätzlicher Umstand kann beispielsweise eine erfolglose Fristsetzung durch den Auftraggeber sein.

digten Werkvertrag konkret abrechnen, wenn sie die Vergütung nach § 649 Satz 2 BGB fordern

2. Personalkosten gehören grundsätzlich nur dann zu den ersparten Aufwendungen, wenn sie infolge der Kündigung nicht mehr aufgewendet werden müssen. Der Architekt muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er durch anderweitigen Einsatz des Personals erwirbt.

3. Der Architekt muss sich grundsätzlich nicht solche Personalkosten anrechnen lassen, die dadurch entstehen, dass er eine rechtlich mögliche Kündigung des Personals nicht vorgenommen hat.

4. Ersparte Kosten freier Mitarbeiter oder Subunternehmer muss der Architekt konkret vertragsbezogen ermitteln. Ein aus der Vergütung nach HOAI berechneter durchschnittlicher Stundensatz ist keine tragfähige Grundlage für diese Berechnung.

5. Der Architekt muss sich diejenigen sachlichen, projektbezogenen Aufwendungen als Ersparnis anrechnen lassen, die er infolge der Kündigung nicht hat und die mit der Vergütung abgegolten werden. Es genügt in der Regel, wenn er die Sachmittel zusammenfassend so beschreibt und bewertet, dass der Auftraggeber in der Lage ist, die Richtigkeit des dafür angesetzten Betrages beurteilen zu können.

6. Anderweitigen Erwerb muss der Architekt nachvollziehbar und ohne Widerspruch zu den Vertragsumständen angeben. Zur Offenlegung seiner Geschäftsstruktur ist er nicht von vornherein verpflichtet.

7. Die Nichtberücksichtigung der Abschlagszahlung in einer Schlussrechnung führt nur dann zur fehlenden Prüffähigkeit, wenn das Informations- und Kontrollinteresse des Auftraggebers deren Berücksichtigung erfordert.

HINWEIS

Voraussetzung für die Fälligkeit des Architekten- und Ingenieurhonorars ist auch bei vorzeitig beendeten Verträgen die Vorlage einer prüffähigen Schlussrechnung, § 8 Abs. 1 HOAI. Prüffähig ist die Abrechnung, wenn sie den Auftragnehmer in die Lage versetzt zu prüfen, ob auf der Grundlage der vertraglichen Vereinbarungen zutreffend abgerechnet worden ist.

In der vorliegenden Entscheidung befasst sich der BGH erneut mit der Problematik, welche ersparten Aufwendungen und welchen anderweitigen Erwerb ein Architekt darzulegen und zu verrechnen hat.

Vergaberecht

Maßgebende Kriterien bei der Vergabeentscheidung I

BGH, U.v. 26.10.99 - X ZR 30/98

LEITSATZ

1. Bei der Bewertung der Eignung der Bieter ist die Berücksichtigung von Umständen ausgeschlossen, die nicht auf einer gesicherten Erkenntnis des Ausschreibenden beruhen.

2. Soweit die auf eine öffentliche Ausschreibung eingereichten Angebote hinsichtlich der für die Vergabeentscheidung nach den Vergabebedingungen sachlich und im Hinblick auf den Inhalt des Angebots in technischer, gestalterischer und funktionsbedingter Hinsicht

gleichwertig sind, gewinnt der im Angebot genannte Preis für die Vergabeentscheidung ausschlaggebende Bedeutung. Als das annehmbarste Angebot, auf das nach § 25 Abs. 3 S. 2 VOB/A der Zuschlag erteilt werden soll, ist in einem solchen Fall das Gebot mit dem niedrigsten Angebotspreis anzusehen.

3. Unterlässt der Ausschreibende eine nach § 22 Abs. 4 VOB/A gebotene Protokollierung, ist es ihm im Verhältnis zu den Bietern verwehrt, sich auf die Unvollständigkeit des Protokolls zu berufen, wenn er diese nicht beweisen kann.

Maßgebende Kriterien bei der Vergabeentscheidung II

KG Berlin, U.v. 13.10.99 - Kart Verg 3/99

LEITSATZ

1. Orientiert sich die Vergabestelle bei der Endauswahl unter

TARIFTREUE-GESETZ VERFASSUNGSWIDRIG?

Der Bundesgerichtshof hält das Berliner Vergabegesetz für verfassungswidrig. Danach dürfen Straßenaufträge nur an Firmen gehen, die Tariflohn zahlen. Berlin verlangt dies seit 1995 von Baufirmen. Jetzt entscheidet das Bundesverfassungsgericht.

den beiden Spitzenbewerbern um den ausgeschriebenen Auftrag bei einem zentralen Bewertungskriterium für die Zu-

schlagserteilung an höheren Anforderungen, als es nach den Verdingungsunterlagen zu erwarten war, liegt darin eine Verletzung des vergaberechtlichen Gleichbehandlungs- und des Transparenzgrundsatzes.

2. Die Verletzung dieser Grundsätze muss nicht zwangsläufig ohne weiteres die Aufhebung des Vergabeverfahrens zur Folge haben; es kann genügen, der Vergabestelle die Auftragsvergabe auf Grund der bisherigen Endauswahlkriterien zu untersagen und ihr aufzugeben, die Endauswahl nach zulässigem Maßstab neu vorzunehmen.

Unverzügliche Rüge ♦ Verlesefehler bei Angebotseröffnung

KG Berlin, U.v. 24.8.99 - Kart Verg 5/99

LEITSATZ

1. Die Rüge des zweitrangigen Bewerbers, den Auftrag an den vor ihm liegenden Mitbewerber zu erteilen sei vergaberechtswidrig, weil das Unternehmen nicht über die erforderliche fachliche Qualifikation verfüge, ist nicht mehr unverzüglich beim Auftraggeber angebracht, wenn seit dem Submissionstermin gut drei Wochen (hier drei Wochen und zwei Tage) verstrichen sind; im allgemeinen darf der betreffende Bieter nicht mehr als zwei Wochen nach Kenntnis vom Rügegrund verstreichen lassen.

2. Keine durchgreifende Rüge eines Vergabeverfahrensverstößes liegt vor, wenn der zweitrangige Bewerber bean-

standet, dass das an der Spitze liegende Angebot einer Arbeitsgemeinschaft bei der Angebotseröffnung infolge fehlerhafter Verlesung als Alleinanbot nur des einen Arbeitsgemeinschaftspartners hingestellt worden ist.

Missverhältnis zwischen Angebotspreis und Leistung

OLG Celle, Beschl. v. 30.4.99 – 13 Verg 1/99

LEITSATZ

1. Bieter haben gem. § 97 Abs. 7 GWB einen Anspruch darauf, dass Angebote, deren Preis in offenbarem Missverhältnis zur Leistung steht, der Zuschlag nicht erteilt wird.

2. Ein offenes Missverhältnis liegt jedoch nicht vor, wenn sich in einem Wirtschaftsbe-
reich (hier: Vergärung anfallender Bio-Abfälle) noch kein fester Marktpreis gebildet hat und verschiedene Techniken und Betriebsabläufe angewandt werden.

Immobilienrecht

Kündigung durch nur einen von mehreren Mietern

OLG Koblenz, U.v. 20.5.99 - 5 U 2044/98

LEITSATZ

1. Kündigt ein GmbH-Geschäftsführer, der selbst neben der GmbH Mieter ist, unter Zuziehung eines Rechtsanwaltes den Mietvertrag, so muss der Vertragspartner nicht davon

ausgehen, dass die Kündigung auch namens der GmbH ausgesprochen ist.

2. Enthält der Mietvertrag, veranlasst vom Vermieter, die Klausel "Die Kündigung eines Mieters bewirkt die Kündigung des gesamten Mietverhältnisses", so wird der gesamte Mietvertrag durch die Kündigung nur des GmbH-Geschäftsführers selbst wirksam gekündigt. Auf diese an sich gem. § 9 AGBG unwirksame Klausel kann sich der Klauselverwender selbst nicht berufen.

Energie-recht

Unwirksamkeit einer Endschafftsbestimmung ♦ Anwendbarkeit des AGBG

BGH, U.v. 16.11.99 – KZR 12/97

LEITSATZ

1. Eine Endschafftsbestimmung in einem Konzessionsvertrag zwischen einer Gemeinde und einem Energieversorgungsunternehmen, die für die Übertragung des örtlichen Versorgungsnetzes auf die Gemeinde ein Entgelt in Höhe des Sachzeitwertes vorsieht, ist gem. § 1 GWB, § 103a GWB a.F. unwirksam, wenn der Sachzeitwert den Ertragswert des Netzes nicht unerheblich übersteigt, so dass die Übernahme der Stromversorgung durch einen nach den Maßstäben wirtschaftlicher Vernunft handelnden anderer Versorger aus-

geschlossen ist und die Kommune infolgedessen nach Beendigung des Konzessionsvertrages faktisch an den bisherigen Versorger gebunden bleibt.

2. Eine Endschaftsklausel in einem formularmäßigen Konzessionsvertrag zwischen einer Gemeinde und einem Energieversorgungsunternehmen, die für die Übernahme des örtlichen Versorgungsnetzes durch die Gemeinde ein Entgelt vorsieht, dessen Höhe sich nach dem Sachzeitwert als dem Herstellungswert der Versorgungsanlagen zum Übergabezeitpunkt unter Berücksichtigung

der bisherigen Nutzungsdauer und des technischen Erhaltungszustandes der Anlagen richtet, unterliegt nicht der Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz.

HINWEIS

Gegenstand der Entscheidung ist die Frage, ob Preisregelungen für die Übernahme eines Versorgungsnetzes in einem – hergebrachten - Konzessionsvertrag zwischen einem Stromversorgungsunternehmen und einer Kommune einer Wirksamkeitskontrolle gemäß den §§ 1, 103a GWB a.F. unterliegen. Im vorliegenden Fall be-

absichtigte die Kommune das in ihrem Gebiet gelegene örtliche Versorgungsnetz von dem bisher konzessionierten Stromversorgungsunternehmen zu übernehmen. Nach dem – hergebrachten – Konzessionsvertrag hatte sie hierfür einen Preis zu zahlen, der sich an dem Sachzeitwert des Netzes orientierte. Da dieser Wert den Ertragswert des Netzes erheblich überstieg, hielt der BGH diese Regelung für unwirksam. Andernfalls wäre die Kommune auch nach Beendigung ihres Konzessionsvertrages faktisch an den bisherigen Versorger gebunden gewesen.

DRES. THEIßEN & STOLLHOFF

— INTERN —

➤ **Baufachtagung:**

„VOB 2000, neue Rechtsgrundlagen, aktuelle Rechtsprechung“ – Unter diesem Titel wird am 16. Oktober 2000 eine Praktikertagung des VHW – Landesverband Berlin und Brandenburg stattfinden. Die Veranstaltung wendet sich an Bauämter der Gebietskörperschaften sowie an Unternehmen der Bau- und Wohnungswirtschaft. Referent ist Rechtsanwalt und Notar Dr. Rolf Theißen, Berlin.

➤ **Fachveröffentlichung:**

„Die Kündigung des gewerblichen Mietverhältnisses“ – Herr Rechtsanwalt Holtfester, Büro Berlin der Rechtsanwälte Dr. Theißen und Kollegen, hat die neue Rechtsprechung zur Kündigung gewerblicher Mietverhältnisse zusammengefasst und kommentiert. Der Fachaufsatz ist in der Monatsschrift für Deutsches Recht – MDR – (MDR 2000, Seite 421 – 428) erschienen. Interessenten wird die Veröffentlichung zur Verfügung gestellt (Anfragen bitte an Rechtsanwälte Dr. Theißen & Kollegen – siehe Impressum).

➤ **Bau-Musterbriefe:**

Gemeinsam mit einem renommierten Baufachverlag planen die Rechtsanwälte Dr. Theißen & Kollegen die Veröffentlichung von Bau-Musterbriefen als CD-ROM. Die CD-ROM soll noch in diesem Jahr auf dem Markt erscheinen.

Auf einen Blick

VOB 2000 Die beschlossenen Änderungen der VOB/B

Die am 10.12.1999 vom Vorstand des Deutschen Vergütungsausschusses beschlossenen Änderungen der VOB sollen im ersten Halbjahr 2000 im Bundesanzeiger veröffentlicht werden und im Laufe des Jahres 2000 zusammen mit der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Kraft treten.

ÄNDERUNGEN

1. § 2 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B wird ein Satz 3 mit folgendem Wortlaut angefügt:

„Eine Vergütung steht dem Auftragnehmer jedoch zu, wenn der Auftraggeber solche Leistungen nachträglich anerkennt. Eine Vergütung steht ihm auch zu, wenn die Leistungen für die Erfüllung des Vertrags notwendig waren, dem mutmaßlichen Willen des Auftraggebers entsprachen und ihm unverzüglich angezeigt wurden. Soweit dem Auftragnehmer eine Vergütung zusteht, gelten die Berechnungsgrundlagen für geänderte oder zusätzliche Leistungen der Nummer 5 oder 6 entsprechend.“

2. § 4 Nr. 8 Abs. 1 VOB/B wird ein Satz 4 mit folgendem Wortlaut angefügt:

„Der Auftragnehmer hat die Leistung im eigenen Betrieb auszuführen. Mit schriftlicher Zustimmung des Auftraggebers darf er sie an Nachunternehmer übertragen. Die Zustimmung ist nicht notwendig bei Leistungen, auf die der Betrieb des Auftragnehmers nicht eingerichtet ist. Erbringt der Auftragnehmer ohne schriftliche Zustimmung des Auftraggebers Leistungen nicht im eigenen Betrieb, obwohl sein Betrieb darauf eingerichtet ist, kann der Auftraggeber ihm eine angemessene Frist zur Aufnahme der Leistung im eigenen Betrieb setzen und erklären, dass er ihm nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Auftrag entziehe (§ 8 Nr. 3 VOB/B).“

3. § 4 VOB/B wird eine neue Nr. 10 mit folgendem Wortlaut angefügt:

„Der Zustand von Teilen der Leistung ist auf Verlangen gemeinsam von Auftraggeber und Auftragnehmer festzustellen, wenn diese Teile der Leistung durch die weitere Ausführung der Prüfung und Feststellung entzogen werden. Das Ergebnis ist schriftlich niederzulegen.“

ERLÄUTERUNGEN

Abs. 2 des § 2 Nr. 8 VOB/B regelt die Ausnahmen vom Grundsatz in Abs. 1 dieses Paragraphen, dass zusätzliche Leistungen, die der Auftragnehmer ohne Auftrag oder unter eigenmächtiger Abweichung vom Auftrag ausführt, nicht vergütet werden.

Der neu eingefügte Satz 3 stellt nunmehr ausdrücklich klar, dass für die Berechnung dieser zusätzlichen Vergütung § 2 Nr. 5 oder 6 VOB/B anzuwenden sind.

Mit dem neu eingefügten Satz 4 wird das Kündigungsrecht bei Verletzung der Eigenleistungsverpflichtung nunmehr ebenfalls ausdrücklich festgeschrieben und damit der bisherigen Auffassung der überwiegenden juristischen Kommentarliteratur gefolgt.

Die nebenstehende Änderung korrespondiert mit der Neufassung des § 12 Nr. 2 VOB/B. Bisher war die sog. technische Teilabnahme mit den rechtsgeschäftlichen Abnahmeregeln in § 12 VOB/B geregelt. Weil aber bei der technische Abnahme lediglich tatsächliche Gegebenheiten festgestellt werden, die erst für die spätere Prüfung der Leistung im Rahmen der rechtsgeschäftlichen Abnahme von Bedeutung sind, handelt sich bei der technischen Abnahme um ein Sonderrecht des Auftragnehmers während der Ausführungsphase und ist deshalb auch dort anzusiedeln.

4. § 6 Nr. 2 Abs. 1 lit. a VOB/B erhält folgende Fassung:

„Ausführungsfristen werden verlängert, soweit die Behinderung verursacht ist:

a) durch einen Umstand aus dem Risikobereich des Auftraggebers.“

Die bisherige Regelung, wonach Ausführungsfristen u.a. bei Behinderungen zu verlängern sind, die auf vom Auftraggeber zu vertretenden Umstand zurückgehen, wurde der dem Wortlaut entgegenstehenden Rechtsprechung angepasst.

5. § 7 Nr. 1 VOB/B wird wie folgt ergänzt:

„Wird die ganz oder teilweise ausgeführte Leistung vor der Abnahme durch höhere Gewalt, Krieg, Aufruhr oder andere objektiv unabwendbare vom Auftragnehmer nicht zu vertretende Umstände beschädigt oder zerstört, so hat dieser für die ausgeführten Teile der Leistung die Ansprüche nach § 6 Nr. 5; für andere Schäden besteht keine gegenseitige Ersatzpflicht.“

Die Ergänzung des § 7 Nr. 1 VOB/B um das Wort „objektiv“ nimmt die in der Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen auf. Danach liegen unabwendbare, vom Auftragnehmer nicht zu vertretende Umstände nur dann vor, wenn das zugrunde liegende Ereignis **objektiv** unabhängig von der konkreten Situation des Auftragnehmers unvorhersehbar und unvermeidbar war.

6. § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B erhält folgende Fassung:

„Der Auftraggeber kann den Vertrag kündigen, wenn der Auftragnehmer seine Zahlungen einstellt oder das Insolvenzverfahren beziehungsweise ein vergleichbares gesetzliches Verfahren beantragt oder ein solches Verfahren eröffnet wird oder dessen Eröffnung mangels Masse abgelehnt wird.“

§ 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B war aufgrund der in der neuen Insolvenzordnung vorgesehenen Verfahren anzupassen.

7. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 VOB/B erhält folgende Fassung:

„Der Auftraggeber kann den Vertrag kündigen, wenn in den Fällen des § 4 Nr. 7 und 8 Abs. 1 und des § 5 Nr. 4 die gesetzte Frist fruchtlos abgelaufen ist (Entziehung des Auftrags).“

Wegen des neuen Kündigungsrechtes in § 4 Nr. 8 Abs. 1 war eine Folgeänderung erforderlich.

8. § 12 Nr. 2 VOB/B erhält folgende Fassung:

„Auf Verlangen sind in sich abgeschlossene Teile der Leistung besonders abzunehmen“

Die bisher in lit. b geregelte technische Abnahme wurde zugunsten des neuen § 4 Nr. 10 VOB/B gestrichen.

9. § 16 Nr. 2 Abs. 1 Satz 2 VOB/B erhält folgende Fassung:

„Diese Vorauszahlungen sind, sofern nichts anderes vereinbart wird, mit 1 v. H. über dem Zinssatz der Spitzenrefinanzierungsfazilität der Europäischen Zentralbank zu verzinsen.“

Nebenstehende Änderung beruht auf der Abschaffung des Lombardsatzes und der Einführung des Zinssatzes der Spitzenrefinanzierungsfazilität der Europäischen Zentralbank im Zusammenhang mit dem Beginn der europäischen Währungsunion.

10. § 16 Nr. 5 Abs. 3 Satz 2 VOB/B erhält folgenden Wortlaut:

„Zahlt der Auftraggeber bei Fälligkeit nicht, so kann ihm der Auftragnehmer eine angemessene Nachfrist setzen. Zahlt er auch innerhalb der Nachfrist nicht, so hat der Auftragnehmer vom Ende der Nachfrist an Anspruch auf Zinsen in Höhe von 5 v. H. über dem Zinssatz der Spitzenrefinanzierungsfazilität der Europäischen Zentralbank wenn er nicht einen höheren Verzugschaden nachweist. Außerdem darf er die Arbeiten bis zur Zahlung einstellen.“

Die Anhebung des Verzugszinses soll der Beschleunigung fälliger Zahlungen dienen.