

Newsletter

der Rechtsanwälte Dres. Theißen & Stollhoff

Baurecht, Immobilienrecht, Ingenieurrecht, Vergaberecht

AKTUELLES AUS DER RECHTSPRECHUNG

Baurecht

Vertragsstrafe auf 5% der Auftragssumme begrenzt

BGH, U. v. 23.1.03 - VII ZR 210/01

LEITSATZ

1. Ist eine Bürgschaft auf erstes Anfordern wirksam erteilt worden und hat der Bürge auf erstes Anfordern gezahlt, kann er diese Zahlung nicht allein deshalb zurückfordern, weil der Schuldner nach der ergänzenden Auslegung der Sicherungsabrede nur eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft zu stellen hatte. Eine Rückforderung scheidet aus, wenn der Gläubiger einen Anspruch auf Verwertung der Bürgschaft besitzt.
2. Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers enthaltene Vertragsstrafenklausel in einem Bauvertrag benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen, wenn sie eine Höchstgrenze von über 5% der Auftragssumme vorsieht.
3. Für vor dem Bekanntwerden dieser Entscheidung geschlossene Verträge mit einer Auftragssumme von bis zu ca. 13 Millionen DM

besteht grundsätzlich Vertrauensschutz hinsichtlich der Zulässigkeit einer Obergrenze von bis zu 10%. Der Verwender kann sich jedoch nicht auf Vertrauensschutz berufen, wenn die Auftragssumme den Betrag von 13 Millionen DM um mehr als das Doppelte übersteigt.

INHALT

Aktuelles aus der Rechtsprechung	1
Nachrichten aus der Bau- und Immobilienwirtschaft	
➤ Diskussionsentwurf zur Änderung der Insolvenzordnung	3
➤ Änderung des UWG	5
➤ EU- Liberalisierung der Energiemärkte	7
Dr. Theißen & Kollegen - Intern	10
Auf einen Blick	
➤ Die neue VOL/B – Entwurf (Stand: 31.03.2003)	11

Editorial

Auch in der aktuellen Ausgabe unseres Newsletters haben wir bedeutende Urteile aus den Bereichen Bau-, Immobilien- und Vergaberecht veröffentlicht. Besonders hervorzuheben ist die nebenstehende Entscheidung des BGH zur Unwirksamkeit von Vertragsstrafenklauseln über 5 % der Auftragssumme.

In der Rubrik „Auf einen Blick“ finden Sie den aktuellen Entwurf der VOL/B. Eine ausführliche Kommentierung folgt im nächsten Newsletter.

Der vorliegende Newsletter zeigt sich in einem zweispaltigen Layout, was die Lesbarkeit erhöht.

Dres. Theißen & Stollhoff

Impressum

Herausgeber:

Dres. Theißen und Stollhoff
Rechtsanwälte und Notar
Cuxhavener Straße 14
10555 Berlin

Telefon (030) 399776-0

Telefax (030) 399776-22

HINWEIS

Beachtlich an der vorstehenden Entscheidung ist, dass der BGH eine in vielen Bauverträgen enthaltene Vertragsstrafenklausel von über 5 % der Auftragssumme für unwirksam hält. Im vorliegenden Fall hatte der Gläubiger den Bürgen auf Zahlung einer Vertragsstrafe in Anspruch genommen, die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bauvertrages enthalten war. Überraschend hatte der erkennende Senat diese Vertragsstrafenvereinbarung für unwirksam erklärt. Zur Begründung führte er an, dass der Höchstsatz von 10% den Auftragnehmer nach § 9 Abs. 1 AGBG (jetzt: § 307 Abs. 1 BGB) unangemessen benachteilige. Bislang hatte der erkennende Senat allerdings die Obergrenze von 10 % für Verträge mit Auftragsvolumen mit bis zu ca. 13 Mio. DM unbeanstandet hingenommen. Nunmehr hält der Senat eine Vertragsstrafe von über 5 % der Auftragssumme für zu hoch. So werde der Auftragnehmer typischerweise durch den Verlust von über 5 % seines Vergütungsanspruches unangemessen belastet.

Gleichwohl bestehe für Verträge, die vor dem Bekanntwerden der vorstehenden Entscheidung geschlossen wurden und deren Auftragssummen ca. 13 Mio DM nicht übersteigen, hinsichtlich der Zulässigkeit der Obergrenze von bis zu 10 % Vertrauensschutz. Bei neu abzuschließenden Verträgen haben die Auftraggeber jedoch zwingend darauf zu achten, dass die Vertragsstrafenklausel in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen jedenfalls eine Gesamthöhe von 5 % nicht übersteigt.

Überdies führte der BGH in Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung aus, dass der Bürge grundsätzlich die Zahlung auf erstes Anfordern zurückweisen, wenn statt der ausgereichten Bürgschaft auf erstes Anfordern im Bauvertrag lediglich eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft vom Hauptschuldner zu stellen war. Ein Rückforderungsanspruch des Hauptschuldners, so der erkennende Senat, kann nach erfolgter Zahlung auf erstes Anfordern hieraus aber nicht begründet werden. Im Gegenteil, sichert die Bürgschaft den geltend gemachten Anspruch und hat der Gläubiger einen fälligen Anspruch gegen den Bürgen, scheidet eine Rückforderung aus. Maßgeblich für den Rückforderungsanspruch ist daher

allein, ob der Gläubiger einen Anspruch auf Verwertung der Bürgschaft besitzt.

Frist für Beibringung der § 648a BGB-Sicherheit

OLG Naumburg, U. v. 16.8.01 – 2 U 17/01

LEITSATZ

1. Welche Frist zur Leistung der Sicherheit gem. § 648a Abs. 1 BGB angemessen ist, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalles.
2. Die in der amtlichen Begründung (BT-Drucksache 12/1836 Rz. 18) genannten 7 – 10 Tage sind als Mindestfrist anzusehen, die dann eingreift, wenn der Unternehmer etwa vorvertraglich schon deutlich gemacht hat, dass er auf die Sicherheit bestehen werde, so dass sich der Besteller hierauf vorbereiten konnte.
3. Stellt der Unternehmer sein Begehren dagegen unverhofft, so wird man dem Besteller die Gelegenheit zur Erkundigung einräumen müssen, auch dazu, gegebenenfalls Bonitätsnachweise für die Bank zu verschaffen. Dazu können drei Wochen erforderlich sein.

HINWEIS

In der Praxis besteht oft Streit darüber, welche Frist zur Beschaffung der sog. Bauhandwerkersicherheit nach § 648a BGB angemessen ist. Zwar wird auch bei der Bestimmung einer zu kurzen Frist eine angemessene Frist in Lauf gesetzt. Jedoch ist dann nicht eindeutig feststellbar, ab wann der Auftraggeber wegen der nicht geleisteten Sicherheit in Annahmeverzug gem. § 642 BGB ist. Stellt der Auftragnehmer die Arbeiten wegen Nichtleistung der Sicherheit schon vor Ablauf einer angemessenen Frist ein, kommt vielmehr er selbst in Verzug und kann daraus Schadensersatzpflichtig werden. In der vorstehenden Entscheidung hat der OLG Naumburg in Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung bekräftigt, dass zur Bemessung der Frist der jeweilige Einzelfall entscheidend ist. Die vom Gesetzgeber genannte Frist von 7 bis 10 Tagen sei nach der Auffassung des OLG Naumburg als Mindestfrist zu verstehen. Daher sollte im Normalfall die Frist mindestens 14 Tage betragen.

Sicherungsumfang einer MaBV-Bürgschaft

BGH, U. v. 21.1.03 – XI ZR 145/02

LEITSATZ

Eine Bürgschaft nach § 7 MaBV sichert grundsätzlich keinen Anspruch des Auftraggebers gegen den Bauträger auf Erstattung des durch Überschreitung der festgelegten Bauzeit entstandenen Verzugsschadens gem. §§ 284, 286 Abs. 1 BGB a.F.

HINWEIS

In Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rechtsprechung hat der BGH den Sicherungsumfang der Bauträgerbürgschaft nach § 7 MaBV weiter begrenzt (vgl. BGH, Newsletter 1-2003, S. 3). Die MaBV-Bürgschaft sichert nach der ständigen Rechtsprechung des BGH nur solche Ansprüche ab, die auf dem Ersatz von Aufwendungen für die Mängelbeseitigung oder auf der Rückgewähr der Vorauszahlung wegen Mängeln am Bauwerk beruhen. Entscheidend sei, dass dem Auftraggeber – gleichgültig aus welchem Grund – ein Anspruch auf (teilweise) Rückgewähr seiner Vorauszahlung zusteht, weil der Bauträger seine kauf- oder werkvertragliche Verpflichtung nicht oder schlecht erfüllt hat. Hiervon zu unterscheiden ist der hier geltend gemachte Schadensersatzanspruch wegen Bauzeitüberschreitung. Dieser tritt neben etwaige Ansprüche des Auftraggebers wegen Nicht- oder Schlechterfüllung des Bauträgervertrages. Insbesondere kann der Auftraggeber wegen der Bauzeitverzögerung nicht die (teilweise) Rückzahlung der Vorauszahlung verlangen. Im Ergebnis wird daher ein solcher Anspruch grundsätzlich nicht von der Bürgschaft nach § 7 MaBV erfasst.

Beweislastumkehr bei gegengezeichneten Stundenlohnzetteln

OLG Celle, U. v. 3.4.03 - 22 U 179/01

LEITSATZ

1. Auch bei einem Stundenlohnvertrag für Bauarbeiten gem. §§ 631 ff. BGB trifft grundsätzlich den Werkunternehmer die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Stunden im Rahmen einer

wirtschaftlichen Betriebsführung erbracht wurden und einen wirtschaftlich vertretbaren Aufwand an Arbeitszeit darstellen.

2. Die vorbehaltlose Unterschrift des Auftraggebers unter ihm vom Auftragnehmer vorgelegte Stundenzettel, die die ausgeführten Arbeiten nach Art und Umfang detailliert beschreiben, die angefallenen Stunden nach Datum und Person ausweisen sowie die verbrauchten Materialien im Einzelnen auflisten, hat eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast zu Lasten des Auftraggebers hinsichtlich der Erforderlichkeit der abgerechneten Stunden und Materialien auch dann zur Folge, wenn es sich nicht um einen VOB-, sondern um einen BGB-Werkvertrag handelt.

HINWEIS

Hinsichtlich der tatsächlich angefallenen Stunden sowie des verbrauchten Materials einschließlich ihrer Erforderlichkeit für das Erreichen des geschuldeten Erfolges ist grundsätzlich der Auftragnehmer darlegungs- und beweispflichtig. Der Auftragnehmer muss deshalb nach Ansicht des OLG Celle auch nachweisen, dass die Stunden im Rahmen einer wirtschaftlichen Betriebsführung erbracht wurden und einen wirtschaftlich vertretbaren Aufwand an Arbeitszeit darstellen. Abgerechnet werden können daher nur die Stunden, die bei einer Ausführung mit durchschnittlichem Arbeitstempo anfallen. Dagegen hat der BGH die Auffassung vertreten, dass dem Unternehmer nicht auch die Darlegungs- und Beweislast für

DISKUSSIONSENTWURF ZUR ÄNDERUNG DER INSOLVENZORDNUNG

Das Bundesjustizministerium hat am 17.04.2003 den Diskussionsentwurf des Gesetzes zur Änderung der Insolvenzordnung, des BGB und anderer Gesetze vorgestellt. Der Gesetzesentwurf beinhaltet im Wesentlichen Änderungen und Vereinfachungen des Regelinsolvenzverfahrens, insbesondere die Beseitigung von Schwachstellen des bisherigen Verfahrens. Der zur Zeit noch mit den Bundesministerien abzustimmende Entwurf ist veröffentlicht unter www.bmj.bund.de.

eine wirtschaftliche Betriebsführung treffe. Diese Pflicht sei vielmehr als Nebenpflicht anzusehen, deren Verletzung Schadensersatzansprüche des Auftraggebers begründen können. Die Darlegungs- und Beweislast für die mangelnde Erforderlichkeit der abgerechneten Stunden treffe daher, so der BGH, den Auftraggeber. Diese Streitfrage musste im vorliegenden Fall indes nicht entschieden werden. Kann nämlich – wie hier – der Auftragnehmer vom Auftraggeber vorbehaltlos gegengezeichnete, detaillierte Stundenlohnzettel vorlegen, muss der Auftraggeber ohnehin substantiiert darlegen und gegebenenfalls beweisen, dass die von ihm bestätigten Stunden tatsächlich nicht erforderlich waren. Dies gilt nicht nur beim VOB-Vertrag, sondern auch beim BGB-Werkvertrag. Eine solche Umkehr der Darlegungs- und Beweislast kommt allerdings nur dann in Betracht, wenn die Stundenlohnzettel – wie im zu entscheidenden Fall – einen aussagekräftigen Inhalt haben. Zudem müssen sie dem Auftraggeber zeitnah, in der Regel also am Ende des betreffenden Arbeitstages, zur Unterschrift vorgelegt werden. Demgegenüber entfällt die Anerkenntniswirkung von vorneherein, wenn die Stundenlohnzettel den Aufwand nicht so klar beschreiben, dass er für den Auftragnehmer eine sachgerechte Überprüfung ermöglicht.

Bausoll eines Pauschalvertrages

OLG Düsseldorf, U. v. 25.2.03 - 21 U 80/02

LEITSATZ

1. Das Bausoll bestimmt sich bei einem Pauschalvertrag nicht nur durch den Umfang der Leistung, sondern auch durch die Art der Leistung (qualitativer Bauinhalt); ändert der Auftraggeber seine Kriterien, die bestimmen, was er für den vereinbarten Preis gefertigt haben will, und verlangt er mehr Leistung, so ist diese zusätzlich nach § 2 Nr. 7 Abs. 1 S. 4, Nr. 6 VOB/B zu vergüten.
2. (...)

HINWEIS

In der Baupraxis kommt es immer wieder vor, dass sich die bei Abschluss eines Pauschalvertrages angenommenen Bauleistungen (Bausoll) än-

dern. So können Mengenänderungen bei einzelnen Positionen auftreten, ganze Bauleistungen wegfallen, sich ändern oder zusätzliche Bauleistungen hinzutreten. Grundsätzlich ist von der Unabänderlichkeit des einmal vereinbarten Pauschalpreises auszugehen. So gehen beide Vertragsparteien wissentlich hinsichtlich des tatsächlichen Leistungsumfanges Risiken ein. Der Auftraggeber übernimmt das Risiko von Minderleistungen. Der Auftragnehmer trägt dagegen das Risiko von Mehrleistungen, Materialpreisschlägen, Lohnsteigerungen und Erhöhungen öffentlicher Abgaben. Gem. § 2 Nr. 7 VOB/B ist eine Änderung des Pauschalpreises unter den Voraussetzungen des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) nur dann eröffnet, wenn die ausgeführte Leistung von der vertraglich vorgesehenen Leistung abweicht, dass ein Festhalten an der Pauschalsumme nicht zumutbar ist. Nur dann kann eine Vertragspartei einen Ausgleichsanspruch unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten geltend machen. Daneben lässt § 2 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B ausdrücklich eine Abänderung des Pauschalpreises zu, wenn Leistungen durch den Auftraggeber selbst übernommen (§ 2 Nr. 4 VOB/B), zusätzlich Leistungen erbracht werden (§ 2 Nr. 5 VOB/B) oder eine Änderung des Bauentwurfes erfolgt (§ 2 Nr. 6 VOB/B). Im vorliegenden Fall hat das OLG Düsseldorf eine qualitative Änderung des Bausolls, die vom Pauschalpreis nicht umfasst war, angenommen. Der Auftragnehmer durfte deshalb zu Recht gem. § 2 Nr. 6 VOB/B auch eine zusätzliche Vergütung verlangen.

Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung vor Ablauf des Fertigstellungstermins

BGH, U. v. 28.2.03 - X ZR 151/00

LEITSATZ

Ist abzusehen, dass der Unternehmer einen vertraglich bestimmten Termin zur Erfüllung nicht einhalten wird, kann schon vor Eintritt der Fälligkeit ein Schadensersatzanspruch des Bestellers nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung entstehen, wenn eine Vertragsverletzung des Unternehmers von solchem Gewicht vorliegt,

dass eine Fortsetzung des Vertrags für den Besteller unzumutbar ist.

HINWEIS

Im vorliegenden Fall hatte der Auftraggeber, nachdem absehbar war, dass das Werk nicht zum vereinbarten Termin fertiggestellt sein würde, die Restarbeiten einem Drittunternehmer übertragen. Einen Schadensersatzanspruch wegen der Mehrkosten des Auftraggebers haben die Vorinstanzen allerdings abgelehnt. So fehlte es für einen Schadensersatzanspruch aus § 376 Abs. 1 HGB am Vorliegen eines sog. Fixgeschäfts, d.h. eines Vertrages, der mit der Einhaltung oder Nichteinhal-

recht kann auch dann bestehen, wenn die schwerwiegende Vertragsverletzung zwar noch nicht eingetreten, ihr Eintritt jedoch sicher ist. Wenn feststeht, dass der Auftragnehmer eine Vertragsfrist oder einen vertraglich vereinbarten Termin aus von ihm zu vertretenden Gründen nicht einhalten wird und wenn diese Vertragsverletzung von erheblichem Gewicht ist, kann eine Fortsetzung des Vertrags mit dem Auftragnehmer in diesem Sinn nicht zumutbar sein. In solchen Fällen kann zugleich eine positive Vertragsverletzung vorliegen, die nach allgemeinen Grundsätzen Schadensersatzansprüche zu begründen geeignet ist.

ÄNDERUNG DES GESETZES GEGEN DEN UNLAUTEREN WETTBEWERB (UWG)

Die Bundesregierung hat unter dem 07.05.2003 einen Gesetzesentwurf zur Neufassung des UWG beschlossen, der unter www.bmj.bund.de veröffentlicht ist. Hierdurch soll die mit dem Wegfall von Rabattgesetz und Zugabeverordnung begonnene Liberalisierung fortgesetzt werden. Der Entwurf erwähnt erstmals den Verbraucher als Schutzobjekt des UWG. Die Generalklausel in § 1 UWG bleibt als § 3 des Entwurfes erhalten und wird durch einen Beispielkatalog ergänzt. Ausdrücklich verboten werden beispielsweise Schleichwerbung, Koppelung von Gewinnspielen mit dem Erwerb der Ware oder die Behinderung von Marktteilnehmern. Dagegen entfallen derzeit noch bestehende Bestimmungen über Schlussverkäufe, Sonderveranstaltungen und Räumungsverkäufe. Verboten wird die Werbung mit Preisnachlässen, die tatsächlich nicht gewährt werden. Auch darf nicht mit Angeboten geworben werden, die nicht ausreichend verfügbar sind.

tung der Lieferzeit „steht oder fällt.“ Auch konnte der Auftraggeber keinen Verzugsschaden gem. § 326 BGB a.F. verlangen, da Verzug vor Ablauf des Fertigstellungstermin nicht eintreten konnte. Ein Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB a.F. kam schon deshalb nicht in Betracht, weil der Auftragnehmer das Werk nicht fertiggestellt hat. Auch die Regelung des § 636 Abs. 1 BGB a.F. führte hier nicht zu einem anderen Ergebnis, weil sich der Auftraggeber schon vor dem Fertigstellungstermin von dem Vertrag gelöst hatte. Der erkennende Senat bejahte im vorliegenden Fall allerdings einen Schadensersatzanspruch aus positiver Verletzung des Werkvertrags. Ein Auftraggeber könne nach der ständigen Rechtsprechung des BGH grundsätzlich den Werkvertrag aus wichtigem Grund kündigen, wenn Vertragsverletzungen des Auftragnehmers von solchem Gewicht vorliegen, dass eine Fortsetzung des Vertrags für ihn unzumutbar ist. Das Kündigungs-

Bürgschaft auf erstes Anfordern

BGH, U. v. 10.4.03 – VII ZR 314/01

LEITSATZ

Hat der Bürge dem Auftraggeber eine Bürgschaft auf erstes Anfordern gestellt, obwohl der Auftraggeber aufgrund der Sicherungsvereinbarung nur einen Anspruch auf eine selbstschuldnerische Bürgschaft ohne die Bürgschaftsverpflichtung auf erstes Anfordern hat, ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, die Bürgschaft an den Auftragnehmer herauszugeben. Der Auftraggeber muss sich allerdings verpflichten, die Bürgschaft nicht auf erstes Anfordern, sondern nur als selbstschuldnerische Bürgschaft geltend zu machen.

HINWEIS

In der vorstehenden Entscheidung musste sich der BGH wiederum mit einer Bürgschaft auf erstes Anfordern auseinandersetzen, die aufgrund der Sicherungsvereinbarung nicht geschuldet war. Im Ergebnis hatte der BGH eine Verpflichtung zur Herausgabe der Bürgschaft auf erstes Anfordern verneint. Ausreichend sei vielmehr, dass sich der Auftraggeber verpflichte, die Bürgschaft nicht auf erstes Anfordern geltend zu machen. Zwar betraf die vorstehende Entscheidung eine Gewährleistungsbürgschaft. Ihre Grundsätze sind aber auf alle Bürgschaften anwendbar, die als Sicherungsmittel in einem Bauvertrag vereinbart werden. Bedeutung hat diese Entscheidung insbesondere im Hinblick auf die Entscheidungen des BGH, dass der Auftragnehmer nicht wirksam zur Stellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers verpflichtet werden kann. Auch in diesen Fällen kann der Auftragnehmer, der eine Bürgschaft auf erstes Anfordern gestellt hat, vom Auftraggeber die genannte Verpflichtungserklärung verlangen.

Architektenrecht

Vorhandene Bausubstanz als anrechenbare Kosten

BGH, U. v. 27.2.03 - VII ZR 11/02

LEITSATZ

1. Vorhandene Bausubstanz, die technisch oder gestalterisch mitverarbeitet wird, ist bei den anrechenbaren Kosten gemäß §§ 10 Abs. 3a, 62 Abs. 3 HOAI angemessen zu berücksichtigen. Dabei kommt es insbesondere auf die Leistung des Architekten oder Ingenieurs für die Mitverarbeitung an.
2. Hat der Architekt oder Ingenieur bei den Grundleistungen einzelner Leistungsphasen vorhandene Bausubstanz nicht technisch oder gestalterisch mitverarbeitet, ist es nicht angemessen, diese Bausubstanz insoweit bei den anrechenbaren Kosten zu berücksichtigen. Das Prinzip der aufwandsneutralen Anrechenbarkeit von Kosten ist insoweit von der HOAI aufgegeben.

3. Das Schriftformerfordernis in § 10 Abs. 3a HOAI ist keine Anspruchsvoraussetzung. Der Architekt oder Ingenieur kann unter den Voraussetzungen des § 10 Abs. 3a, 1. Halbsatz HOAI auch dann, wenn eine schriftliche Vereinbarung scheitert, sein Honorar nach anrechenbaren Kosten berechnen, bei denen die vorhandene Bausubstanz angemessen berücksichtigt ist. Im Streitfall muss das Gericht darüber entscheiden, in welchem Umfang die Berücksichtigung stattfindet.

HINWEIS

Die Vorschrift des § 10 Abs. 3 a HOAI hat in der Praxis bei der Bestimmung der anrechenbaren Kosten eine herausragende Bedeutung. Über die vorhandene Bausubstanz können die anrechenbaren Kosten und damit auch das Honorar des Architekten erheblich beeinflusst werden. Nach dieser Regelung ist vorhandene Bausubstanz, die technisch oder gestalterisch mitverarbeitet wird, bei den anrechenbaren Kosten angemessen zu berücksichtigen. Allerdings lässt § 10 Abs. 3a HOAI unbeantwortet, was geschehen soll, wenn keine schriftliche Absprache getroffen worden ist. Bislang war in der Literatur schon allgemein anerkannt, dass das Schriftformerfordernis nur klarstellende Funktion hat und keinesfalls eine Anspruchsvoraussetzung darstelle. Dem hat sich der BGH in der vorstehenden Entscheidung angeschlossen. Wenn eine schriftliche Vereinbarung scheitert, kann der Architekt oder Ingenieur gleichwohl unter den Voraussetzungen des § 10 Abs. 3a 1. HS HOAI sein Honorar nach den anrechenbaren Kosten berechnen, bei denen die vorhandene Bausubstanz angemessen berücksichtigt ist. Im Streitfall muss gerichtlich darüber entschieden werden, in welchem Umfang die Berücksichtigung stattfindet.

Überdies hat der BGH in der vorstehenden Entscheidung klargestellt, dass die vorhandene Bausubstanz bei solchen Leistungsphasen nicht zu berücksichtigen sei, bei denen sie nicht technisch und gestalterisch mitverarbeitet worden ist. Der hiermit einhergehende Verstoß gegen das der HOAI zugrundeliegende Prinzip der „aufwandsneutralen Anrechenbarkeit der Kosten“, d.h. die Trennung zwischen Leistungsumfang und anrechenbaren Kosten, ist nach dem Willen des Ver-

ordnungsgebers beabsichtigt und rechtlich zulässig.

Rechtswahlvereinbarung im Architekten- oder Ingenieurvertrag

BGH, U. v. 27.2.03 - VII ZR 169/02

LEITSATZ

1. Die Rechtswahlvereinbarung zugunsten des deutschen materiellen Schuldvertragsrechts in einem Architekten- oder Ingenieurvertrag umfasst nicht das öffentlich-rechtliche Preisrecht der HOAI.

2a. Die Mindestsatzregelung des § 4 HOAI ist eine zwingende Bestimmung im Sinne des Art. 34 EGBGB.

2b. Auf einen grenzüberschreitenden Architekten- und Ingenieurvertrag ist die Mindestsatzregelung anwendbar, wenn die vereinbarte Architekten- oder Ingenieurleistung für ein im Inland gelegenes Bauwerk erbracht werden soll.

3a. Die nachträgliche vertragliche Änderung eines nach § 4 Nr. 4 HOAI fingierten Mindestsatzes ist nur wirksam, wenn sie nach Beendigung der Architekten- oder Ingenieurleistung getroffen wird.

3b. Die Leistung des Architekten oder Ingenieurs ist jedenfalls dann beendet, wenn das Werk abgenommen ist und zwischen den Vertragsparteien zum Zeitpunkt der Vergütungsvereinbarung kein Streit darüber besteht, ob das Werk mangelfrei ist.

4. Ob die Anwendung des § 4 Abs. 4 HOAI auf eine Vergütungsvereinbarung zwischen einem Auftraggeber mit Sitz in der Bundesrepublik Deutschland und einem Auftragnehmer mit Sitz in einem anderen EG-Staat der Dienstleistungsfreiheit entgegensteht, ist eine bisher ungeklärte Frage der Auslegung der Dienstleistungsfreiheit. Diese Frage ist gegebenenfalls dem Europäischen Gerichtshof nach Art. 234 EG-Vertrag vorzulegen.

HINWEIS

In der vorstehenden Entscheidung hatte sich der BGH mit der Frage des räumlichen Anwendungsbereiches der HOAI auseinander zu setzen. Dieser ist in der HOAI nicht ausdrücklich geregelt. Unzweifelhaft gilt die HOAI für Leistungen deut-

scher Architekten und Ingenieure im Inland. Für die Vertragsbeziehungen zwischen ausländischen Architekten und Ingenieuren und inländischen Auftraggebern hinsichtlich Bauvorhaben im Inland ist dies umstritten. Im zu entscheidenden Fall war aber aufgrund einer Rechtswahlvereinbarung der Vertragsparteien gem. Art. 27 Abs. 1 EGBGB deutsches Recht anwendbar, so dass der BGH hierüber nicht entscheiden musste. Allerdings umfasst die Rechtswahl nach Art. 32 EGBGB nicht zwingende öffentlich-rechtliche Rechtsvorschriften. Da die HOAI öffentlich-rechtliches Preisrecht darstellt, umfasst die Wahl des deutschen Rechts nicht die Regelungen der HOAI. Gleichwohl ist jedenfalls die Mindestsatzfiktion als zwingende Regelung i.S. des Art. 34 EGBGB auch auf den grenzüberschreitenden Architekten- und Ingenieurvertrag anwendbar.

Überdies bekräftigte der BGH in der vorliegenden Entscheidung, dass nach dem Regelungszweck des § 4 HOAI spätere vertragliche Änderungen des nach § 4 Abs. 4 HOAI fingierten Mindestsatzes nur wirksam sind, wenn sie nach der Beendi-

EU-PARLAMENT TREIBT LIBERALISIERUNG DER ENERGIEMÄRKTE VORAN

Das EU-Parlament hat am 04.06.2003 eine Richtlinie zum Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarkt, eine Verordnung über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel und eine Entscheidung hinsichtlich der transeuropäischen Energienetze erlassen. Danach können ab dem 01.07.2004 Unternehmen und drei Jahre später auch die privaten Haushalte ihren Strom- und Gaslieferanten frei wählen. Der freie Zugang der Energieversorger zu den bestehenden Strom- und Gasnetzen wird gesetzlich garantiert. Energieversorger müssen ihre Netze in getrennten Gesellschaften betreiben. Die Stromlieferanten müssen zudem die Herkunft ihres Stroms mitteilen. Letztlich werden die Mitgliedsstaaten verpflichtet, nationale Regulierungsbehörden für die Überwachung fairer Zugangsbedingungen und Netztarife einzurichten.

gung der Architekten- und Ingenieur Tätigkeit getroffen werden.

Baukostenüberschreitung I

BGH, U. v. 23.1.03 – VII ZR 362/01

LEITSATZ

Vereinbaren die Parteien eines Architekten- oder Ingenieurvertrages eine Bausumme als Beschaffenheit des geschuldeten Werkes, dann bildet diese Summe die Obergrenze der anrechenbaren Kosten für die Honorarabrechnung.

Baukostenüberschreitung II

BGH, U. v. 13.2.03 - VII ZR 395/01

LEITSATZ

1. Die Planung des Architekten ist mangelhaft, wenn eine mit dem Besteller vereinbarte Obergrenze für die Baukosten überschritten wird. Eine Toleranz kommt nur in Betracht, wenn sich im Vertrag hierfür Anhaltspunkte finden.
2. Die in einem Bauantrag genannte Bausumme wird nicht allein dadurch als Obergrenze für die Baukosten vereinbart, dass der Architekt den Antrag dem Bauherrn vorlegt, dieser ihn unterzeichnet und an die Baubehörde weiterleitet.

HINWEIS

Immer wieder werden Architekten vom Bauherrn auf Schadensersatz mit der Begründung verklagt, dass er die geschätzten Baukosten erheblich überschritten habe. Voraussetzung allerdings ist, dass dem Architektenvertrag ein bestimmter Baukostenbetrag zugrunde lag. So können die Parteien eine bestimmte Kostengrenze als Beschaffenheit des Architektenwerkes vereinbart oder gemeinsame Kostenvorstellungen oder –vorgaben zur Verwirklichung des Bauvorhabens angenommen haben. Der Auftraggeber kann dem Architekten auch entsprechende Vorgaben mitgeteilt haben. Ferner hat der Architekt die erkennbaren konkreten Kostenvorstellungen des Auftraggebers als Baukostenbetrag zu beachten.

Dementsprechend wurde vereinzelt in der obergerichtlichen Rechtsprechung bereits dann eine

Kostenvorgabe bejaht, wenn der Architekt die Baukosten im Bauantrag in einer bestimmten Höhe veranschlagt hat und dieser Bauantrag vom Bauherrn unterschrieben wird. Dem ist der BGH in der vorstehenden Entscheidung entgegengetreten. Dieser Umstand kann allenfalls ein Indiz für einen gewissen Kostenrahmen darstellen.

Liegt eine Baukostenüberschreitung vor, hat der Architekt hierfür einzustehen. Der Auftraggeber kann aber auch den Architektenvertrag aus wichtigem Grund kündigen, wenn ihm ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zuzumuten ist. Letztlich kann der Architekt nach der erstgenannten Entscheidung des BGH sein Honorar nur nach den veranschlagten Baukosten berechnen.

Vergaberecht

Ausschluss eines Bieters bei zu geringen Preisen

OLG Celle, B. v. 24.4.03 - 13 Verg 4/03

LEITSATZ

Ein Bieter ist nicht allein deshalb auszuschließen, weil der angebotene Preis erheblich unter den Preisen der anderen Bieter liegt (hier: mehr als 30%), sofern sachliche Gründe vorliegen, die den niedrigen Preis rechtfertigen.

HINWEIS

Gem. § 25 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A darf einem Angebot mit einem unangemessenen niedrigen Preis der Zuschlag nicht erteilt werden. So führt ein offenkundiges Missverhältnis zwischen Preis und Leistung zunächst zur widerlegbaren Vermutung des Vorliegens eines auszuschließenden Unterkostenangebotes. Die Vorschrift verbietet zwar nicht die Zuschlagserteilung. Doch hat der öffentliche Auftraggeber bei der Feststellung von Angeboten, die unangemessen niedrig erscheinen, eine besondere Aufklärungspflicht. Unterlässt der öffentliche Auftraggeber die Prüfung der Auskömmlichkeit des Angebotes, ist die Zuschlagserteilung auf ein solches Angebot nachprüfbar. Kann der Bieter bei der Überprüfung indes erklären, warum er mit dem niedrigen Preis anbieten konnte und ist diese Begründung – wie in der vor-

stehenden Entscheidung – nachvollziehbar, dann ist ein solches Angebot nicht von der weiteren Wertung auszuschließen. Das Angebot ist dann, wie das OLG Celle zu Recht ausführt, zwar niedrig, aber nicht unangemessen.

Nachprüfungsbefugnis bei Verstößen gegen § 13 VgV

OLG Dresden, B. v. 14.2.03 - WVerg 11/01

LEITSATZ

1. Einen Verstoß der Vergabestelle gegen § 13 VgV können nur am vorangegangenen Vergabeverfahren beteiligte Bieter (samt denen, die an einer Beteiligung vergaberechtswidrig gehindert waren) und diese nur innerhalb eines den üblichen Zulässigkeitschranken unterliegenden Nachprüfungsverfahrens geltend machen, dessen Erreichbarkeit für den Bieter § 13 VgV gerade sicherstellen will.
2. Eine Verletzung von § 13 VgV kann für sich allein gesehen einem Nachprüfungsverfahren nicht, auch nicht teilweise, zum Erfolg verhelfen; hinzutreten muss stets ein vergaberechtliches Fehlverhalten des Auftraggebers in der Sache selbst.
3. Hat sich eine Vergabestelle mit Ausnahme des Verstoßes gegen § 13 VgV vergaberechtskonform verhalten, so löst dieser Verstoß ihr nachteilige Kostenfolgen im Nachprüfungsverfahren allenfalls dann aus, wenn gerade durch ihn Kosten verursacht worden sind, die ansonsten nicht entstanden wären.

Nachprüfverfahren nach Aufhebung der Ausschreibung

BGH, B. v. 18.2.03 - X ZB 43/02

LEITSATZ

Auch wenn ein öffentlicher Auftraggeber die Ausschreibung für einen öffentlichen Bauauftrag bereits aufgehoben hat, kann ein Bewerber noch in zulässiger Weise die Vergabekammer anrufen und geltend machen, durch Nichtbeachtung der die Aufhebung der Ausschreibung betreffenden

Vergabevorschrift in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt zu sein.

HINWEIS

Grundsätzlich kann ein öffentlicher Auftraggeber jederzeit seine Ausschreibung durch Einstellung oder Aufhebung beenden. Sind in einem solchen Fall keine Aufhebungsgründe gem. § 26 Nr. 1 VOB/A gegeben, können die Bieter und Bewerber im Wege des Primärrechtsschutzes nur die Unrechtmäßigkeit der Beendigung des Verfahrens feststellen lassen. Eine Rückgängigmachung der Aufhebungsentscheidung können sie hingegen nicht erwirken. Allerdings war bislang überwiegend angenommen worden, dass ein Nachprüfungsantrag nach Beendigung des Verfahrens nicht mehr zulässig sei. Dem ist der BGH in der vorstehenden Entscheidung entgegengetreten. Nach der Auffassung des BGH bestehe unter Hinweis auf die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 18. Juni 2002 grundsätzlich die Möglichkeit, eine getroffene Aufhebungsentscheidung dem Nachprüfungsverfahren zu unterziehen.

Immobilienrecht

Kündigung wegen Zahlungsverzuges

AG Dortmund, U. v. 31.3.03 - 125 C 11799/02

LEITSATZ

1. Eine Kündigung wegen Zahlungsverzuges gem. § 543 Abs. 2 Ziff. 3 BGB wird erst dann unwirksam, wenn der Mieter die rückständigen Mieten vollständig bis zum letzten Cent gezahlt hat.
2. Die Schonfristenregelung des § 569 Abs. 3 Ziff. 2 BGB gilt auch für Zahlungen zwischen Zugang der Kündigung und Erhebung der Räumungsklage.
3. Eine Kündigung wegen Zahlungsverzuges setzt gem. § 569 Abs. 4 BGB die Angabe der Mieten voraus, die rückständig sein sollen.
4. Eine falsche Verrechnung von Zahlungen des Mieters ist unerheblich, soweit die Tatsachen richtig mitgeteilt wurden und auch bei richtiger Verrechnung ein Kündigungsgrund bestanden hätte.

DRES. THEIßEN & STOLLHOFF**INTERN****➤ Neue Veröffentlichungen der Kanzlei**

Rechtsanwalt Jens Böttcher, Kanzlei Berlin, veröffentlichte in der Zeitschrift für Deutsches und Internationales Bau- und Vergaberecht, Ausgabe März 2003, den Beitrag "Die Kündigung eines Werkvertrages aus wichtigem Grund nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz". Der Aufsatz ist über die Kanzlei Berlin (siehe Editorial) erhältlich.

Unter Mitarbeit von Rechtsanwalt und Notar Dr. Rolf Theißen erscheint in Kürze die 3. Auflage des Werkes "Architekten- und Ingenieurverträge für öffentliche Bauvorhaben", herausgegeben vom Arbeitskreis Vergabewesen der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände.

➤ Internationale Kooperation:

Die RAe Dr. Theißen und Dr. Stollhoff konferierten am 13./14.06.2003 mit Vertretern der spanischen Anwaltskanzlei Soler-Padro, v. Hohenlohe, Hopewell. Es wurde vereinbart, künftig in Fragen des Energie- und Immobilienrechts grenzüberschreitend zusammen zu arbeiten.

➤ Kooperations-Konferenz

Am 09.05.2003 fand in München eine Partnerkonferenz der Kooperation bundesdeutscher Wirtschaftskanzleien statt. Mitglied dieser Kooperation sind auch die Rechtsanwälte Dres. Theißen & Stollhoff, Berlin.



Partner-Konferenz am 09.05.2003 in München: v. l. n. r. RA Limpinsel, RA Posner (Frankfurt), RA und Notar Dr. Theißen (Berlin), RA Dr. Siebeck, RA Hofmann (München), RA Dr. Stollhoff (Berlin)

Auf einen Blick

Die neue VOL/B

(Entwurf - Stand 31.03.2003)

Hinweis: Von einem Abdruck der bisher geltenden Fassung wird abgesehen. Die konkreten Änderungen sind durch Unterstreichungen, Auslassungen durch [] gekennzeichnet.

VOL Teil B

Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen

(VOL/B)

Präambel

Die nachstehenden Allgemeinen Vertragsbedingungen sind bestimmt für Verträge über Leistungen, insbesondere für Dienst-, Kauf- und Werkverträge sowie für Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen.

§ 1

Art und Umfang der Leistungen

1. Art und Umfang der beiderseitigen Leistungen werden durch den Vertrag bestimmt.
2. Bei Widersprüchen im Vertrag gelten nacheinander
 - a) die Leistungsbeschreibung
 - b) Besondere Vertragsbedingungen
 - c) etwaige Ergänzende Vertragsbedingungen
 - d) etwaige Zusätzliche Vertragsbedingungen
 - e) etwaige allgemeine Technische Vertragsbedingungen
 - f) die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen (VOL/B).

§ 2

Änderungen der Leistung

1. Der Auftraggeber kann nachträglich Änderungen in der Beschaffenheit der Leistung im Rahmen der Leistungsfähigkeit des Auftragnehmers verlangen, es sei denn, dies ist für den Auftragnehmer unzumutbar.
2. Hat der Auftragnehmer Bedenken gegen die Leistungsänderung, so hat er sie dem Auftraggeber unverzüglich schriftlich mitzuteilen. Teilt der Auftraggeber die Bedenken des Auftragnehmers nicht, so bleibt er für seine Angaben und Anordnungen verantwortlich. Zu einer gutachtlichen Äußerung ist der Auftragnehmer nur aufgrund eines gesonderten Auftrags verpflichtet.
3. Werden durch Änderung in der Beschaffenheit der Leistung die Grundlagen des Preises für die im Vertrag vorgesehene Leistung geändert, so ist ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- und Minderkosten zu vereinbaren. In der Vereinbarung sind etwaige Auswirkungen der Leistungsänderung auf sonstige Vertragsbedingungen, insbesondere auf Ausführungsfristen, zu berücksichtigen. Diese Vereinbarung ist unverzüglich zu treffen.
4. (1) Leistungen, die der Auftragnehmer ohne Auftrag oder unter eigenmächtiger Abweichung vom Vertrag ausführt, werden nicht vergütet. Solche Leistungen hat er auf Verlangen innerhalb einer angemessenen Frist zurückzunehmen oder zu beseitigen, sonst können sie auf seine Kosten und Gefahr zurückgesandt oder beseitigt werden. Eine Vergütung steht ihm jedoch zu, wenn der Auftraggeber solche Leistungen nachträglich annimmt.
- (2) Weitergehende Ansprüche des Auftraggebers bleiben unberührt.

§ 3

Ausführungsunterlagen

1. Die für die Ausführung erforderlichen Unterlagen sind dem Auftragnehmer unentgeltlich und rechtzeitig zu übergeben, soweit sie nicht allgemein zugänglich sind.

2. Die von den Vertragsparteien einander überlassenen Unterlagen dürfen ohne Zustimmung des Vertragspartners weder veröffentlicht, vervielfältigt noch für einen anderen als den vereinbarten Zweck genutzt werden. Sie sind, soweit nichts anderes vereinbart ist, auf Verlangen zurückzugeben.

§ 4

Ausführung der Leistung

1. (1) Der Auftragnehmer hat die Leistung unter eigener Verantwortung nach dem Vertrag auszuführen. Dabei hat er die Handelsbräuche, die anerkannten Regeln der Technik sowie die gesetzlichen Vorschriften und behördlichen Bestimmungen zu beachten.
- (2) Der Auftragnehmer ist für die Erfüllung der gesetzlichen, behördlichen und berufsgenossenschaftlichen Verpflichtungen gegenüber seinen Arbeitnehmern allein verantwortlich. Es ist ausschließlich seine Aufgabe, die Vereinbarungen und Maßnahmen zu treffen, die sein Verhältnis zu seinen Arbeitnehmern regeln.
2. (1) Ist mit dem Auftraggeber vereinbart, dass er sich von der vertragsgemäßen Ausführung der Leistung unterrichten kann, so ist ihm innerhalb der Geschäfts- oder Betriebsstunden zu den Arbeitsplätzen, Werkstätten und Lagerräumen, in denen die Gegenstände der Leistung oder Teile von ihr hergestellt oder die hierfür bestimmten Stoffe gelagert werden, Zutritt zu gewähren. Auf Wunsch sind ihm die zur Unterrichtung erforderlichen Unterlagen zur Einsicht vorzulegen und die entsprechenden Auskünfte zu erteilen.
- (2) Dabei hat der Auftraggeber keinen Anspruch auf Preisgabe von Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen des Auftragnehmers.
- (3) Alle bei der Besichtigung oder aus den Unterlagen und der sonstigen Unterrichtung erworbenen Kenntnisse von Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen sind vertraulich zu behandeln. Bei Missbrauch haftet der Auftraggeber.
3. Für die Qualität der Zulieferungen des Auftraggebers sowie für die von ihm vereinbarten Leistungen anderer haftet der Auftraggeber, soweit nichts anderes vereinbart ist. Der Auftragnehmer hat die Pflicht, dem Auftraggeber die bei Anwendung der verkehrüblichen Sorgfalt erkennbaren Mängel der Zulieferungen des Auftraggebers und der vom Auftraggeber vereinbarten Leistungen anderer unverzüglich schriftlich mitzuteilen. Unterlässt er dies, so übernimmt er damit die Haftung.
4. Der Auftragnehmer darf die Ausführung der Leistung oder wesentlicher Teile davon nur mit vorheriger Zustimmung des Auftraggebers an andere übertragen. Die Zustimmung ist nicht erforderlich bei unwesentlichen Teilleistungen oder solchen Teilleistungen, auf die der Betrieb des Auftragnehmers nicht eingerichtet ist. Diese Bestimmung darf nicht zum Nachteil des Handels ausgelegt werden.

§ 5

Behinderung und Unterbrechung der Leistung

1. Glaubt sich der Auftragnehmer in der ordnungsgemäßen Ausführung der Leistung behindert, so hat er dies dem Auftraggeber unverzüglich schriftlich anzuzeigen. Die Anzeige kann unterbleiben, wenn die Tatsachen und deren hindernde Wirkung offenkundig sind.
2. (1) Die Ausführungsfristen sind angemessen zu verlängern, wenn die Behinderung im Betrieb des Auftragnehmers durch höhere Gewalt, andere vom Auftragnehmer nicht zu vertretende Umstände, Streik oder durch rechtlich zulässige Aussperrung verursacht worden ist. Gleiches gilt für solche Behinderungen von Unterauftragnehmern und Zulieferern, soweit und solange der Auftragnehmer tatsächlich oder rechtlich gehindert ist, Ersatzbeschaffungen vorzunehmen.
- (2) Falls nichts anderes vereinbart ist, sind die Parteien, wenn eine nach Absatz 1 vom Auftragnehmer nicht zu vertretende Behinderung

länger als drei Monate seit Zugang der Mitteilung gemäß Nr. 1 Satz 1 oder Eintritt des offenkundigen Ereignisses gemäß Nr. 1 Satz 2 dauert, berechtigt, binnen 30 Tagen nach Ablauf dieser Zeit durch schriftliche Erklärung den Vertrag mit sofortiger Wirkung zu kündigen oder ganz oder teilweise von ihm zurückzutreten.

3. Sobald die hindernden Umstände wegfallen, hat der Auftragnehmer unter schriftlicher Mitteilung an den Auftraggeber die Ausführung der Leistung unverzüglich wieder aufzunehmen.

§ 6

Art der Anlieferung und Versand

Der Auftragnehmer hat, soweit der Auftraggeber die Versandkosten gesondert trägt, unter Beachtung der Versandbedingungen des Auftraggebers dessen Interesse sorgfältig zu wahren. Dies bezieht sich insbesondere auf die Wahl des Beförderungsweges, die Wahl und die Ausnutzung des Beförderungsmittels sowie auf die tariflich günstigste Warenbezeichnung.

§ 7

Pflichtverletzungen des Auftragnehmers

1. Im Fall von Pflichtverletzungen des Auftragnehmers finden vorbehaltlich der Regelungen des § 14 VOL/B die gesetzlichen Vorschriften nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen Anwendung.

2. (1) Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber im Fall leicht fahrlässig verursachter Schäden aufgrund von Pflichtverletzungen den entgangenen Gewinn des Auftraggebers nicht zu ersetzen. Die Pflicht zum Ersatz dieser Schäden ist ebenfalls ausgeschlossen, wenn der Verzug durch Unterauftragnehmer verursacht worden ist, die der Auftraggeber dem Auftragnehmer vorgeschrieben hat.

(2) Darüber hinaus kann die Schadensersatzpflicht im Einzelfall weiter begrenzt werden. Dabei sollen branchenübliche Lieferbedingungen z. B. dann berücksichtigt werden, wenn die Haftung summenmäßig oder auf die Erstattung von Mehraufwendungen für Ersatzbeschaffungen beschränkt werden soll.

(3) Macht der Auftraggeber Schadensersatz statt der ganzen Leistung oder anstelle davon Aufwendungsersatz geltend, so ist der Auftragnehmer verpflichtet, die ihm überlassenen Unterlagen (Zeichnungen, Berechnungen usw.) unverzüglich zurückzugeben. Der Auftraggeber hat dem Auftragnehmer unverzüglich eine Aufstellung über die Art seiner Ansprüche mitzuteilen.

Die Mehrkosten für die Ausführung der [] Leistung durch einen Dritten hat der Auftraggeber dem Auftragnehmer innerhalb von 3 Monaten nach Abrechnung mit dem Dritten mitzuteilen. Die Höhe der übrigen Ansprüche hat der Auftraggeber dem Auftragnehmer unverzüglich anzugeben.

(4) Macht der Auftraggeber bei bereits teilweise erbrachter Leistung Ansprüche auf Schadensersatz statt der Leistung oder anstelle davon Aufwendungsersatz nur wegen des noch ausstehenden Teils der Leistung geltend, so hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber unverzüglich eine prüfbare Rechnung über den bereits bewirkten Teil der Leistung zu übermitteln. Im Übrigen findet Absatz 3 Anwendung.

3. Übt der Auftraggeber ein Rücktrittsrecht aus, finden Nr. 2 Absatz 3 Sätze 1 und 4 entsprechende Anwendung; bei teilweisem Rücktritt gilt zusätzlich Nr. 2 Absatz 4 Satz 1 entsprechend.

4. (1) Gerät der Auftragnehmer in Verzug, setzt der Auftraggeber dem Auftragnehmer vor Ausübung des Rücktrittsrechtes eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung.

(2) Der Auftraggeber ist verpflichtet, auf Verlangen des Auftragnehmers zu erklären, ob er wegen der Verzögerung der Leistung vom Vertrag zurücktritt oder auf der Leistung besteht. Diese Anfrage ist vor Ablauf der Frist nach Absatz 1 zu stellen. Bis zum Zugang der Antwort beim Auftragnehmer bleibt dieser zur Leistung berechtigt.

§ 8

Lösung des Vertrags durch den Auftraggeber

1. Der Auftraggeber kann vom Vertrag zurücktreten oder den Vertrag mit sofortiger Wirkung kündigen, wenn über das Vermögen des Auftragnehmers das Insolvenzverfahren oder ein vergleichbares gesetzliches Verfahren eröffnet oder die Eröffnung beantragt oder dieser Antrag mangels Masse abgelehnt worden ist oder die ordnungsgemäße Abwicklung des Vertrags dadurch in Frage gestellt ist, dass er seine Zahlungen nicht nur vorübergehend einstellt.

2. Der Auftraggeber kann auch vom Vertrag zurücktreten oder den Vertrag mit sofortiger Wirkung kündigen, wenn sich der Auftragnehmer in bezug auf die Vergabe an einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen beteiligt hat.

3. Im Falle der Kündigung ist die bisherige Leistung, soweit der Auftraggeber für sie Verwendung hat, nach den Vertragspreisen oder nach dem Verhältnis des geleisteten Teils zu der gesamten vertraglichen Leistung auf der Grundlage der Vertragspreise abzurechnen; die nicht verwendbare Leistung wird dem Auftragnehmer auf dessen Kosten zurückgewährt.

4. Die sonstigen gesetzlichen Rechte und Ansprüche des Auftraggebers bleiben unberührt.

§ 9

Verzug des Auftraggebers, Lösung des Vertrags durch den Auftragnehmer

1. Im Fall des Verzugs des Auftraggebers als Schuldner und als Gläubiger finden die gesetzlichen Vorschriften nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen Anwendung.

2. (1) Unterlässt der Auftraggeber ohne Verschulden eine ihm nach dem Vertrag obliegende Mitwirkung und setzt er dadurch den Auftragnehmer außerstande, die Leistung vertragsgemäß zu erbringen, so kann der Auftragnehmer dem Auftraggeber zur Erfüllung dieser Mitwirkungspflicht eine angemessene Frist setzen mit der Erklärung, dass er sich vorbehalte, den Vertrag mit sofortiger Wirkung zu kündigen, wenn die Mitwirkungspflicht nicht bis zum Ablauf der Frist erfüllt werde.

(2) Im Fall der Kündigung sind bis dahin bewirkte Leistungen nach den Vertragspreisen abzurechnen. Im Übrigen hat der Auftragnehmer Anspruch auf eine angemessene Entschädigung, deren Höhe in entsprechender Anwendung von § 642 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches zu bestimmen ist.

3. Ansprüche des Auftragnehmers wegen schuldhafter Verletzung von Mitwirkungspflichten durch den Auftraggeber bleiben unberührt.

§ 10

Obhutspflichten

Der Auftragnehmer hat bis zum Gefahrübergang die von ihm ausgeführten Leistungen und die für die Ausführung übergebenen Gegenstände vor Beschädigungen oder Verlust zu schützen.

§ 11

Vertragsstrafe

1. Wenn Vertragsstrafen vereinbart sind, gelten die §§ 339 bis 345 des Bürgerlichen Gesetzbuches. Eine angemessene Obergrenze ist festzulegen.

2. Ist die Vertragsstrafe für die Überschreitung von Ausführungsfristen vereinbart, darf sie für jede vollendete Woche höchstens 1/2 vom Hundert des Wertes desjenigen Teils der Leistung betragen, der nicht genutzt werden kann. Diese beträgt maximal 8%. Ist die Vertragsstrafe nach Tagen bemessen, so zählen nur Werktag; ist sie nach Wochen bemessen, so wird jeder Werktag einer angefangenen Woche als 1/6 Woche gerechnet.

Der Auftraggeber kann Ansprüche aus verwirkter Vertragsstrafe bis zur Schlusszahlung geltend machen.

[]

§ 12

Güteprüfung

1. Güteprüfung ist die Prüfung der Leistung auf Erfüllung der vertraglich vereinbarten technischen und damit verbundenen organisatorischen Anforderungen durch den Auftraggeber oder seinen gemäß Vertrag benannten Beauftragten. Die Abnahme bleibt davon unberührt.

2. Ist im Vertrag eine Vereinbarung über die Güteprüfung getroffen, die Bestimmungen über Art, Umfang und Ort der Durchführung enthalten muss, so gelten ergänzend hierzu, falls nichts anderes vereinbart worden ist, die folgenden Bestimmungen:

- a) Auch Teilleistungen können auf Verlangen des Auftraggebers oder Auftragnehmers geprüft werden, insbesondere in den Fällen,

in denen die Prüfung durch die weitere Ausführung wesentlich erschwert oder unmöglich würde.

- b) Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber oder dessen Beauftragten den Zeitpunkt der Bereitstellung der Leistung oder Teilleistungen für die vereinbarten Prüfungen rechtzeitig schriftlich anzuzeigen. Die Parteien legen dann unverzüglich eine Frist fest, innerhalb derer die Prüfungen durchzuführen sind. Verstreicht diese Frist aus Gründen, die der Auftraggeber zu vertreten hat ungenutzt, kann der Auftragnehmer dem Auftraggeber eine angemessene Nachfrist setzen mit der Forderung, entweder innerhalb der Nachfrist die Prüfungen durchzuführen oder zu erklären, ob der Auftraggeber auf die Güteprüfung verzichtet. Führt der Auftragnehmer die Prüfungen nicht innerhalb der Nachfrist durch und verzichtet der Auftraggeber auf die Prüfungen nicht, so hat er nach dem Ende der Nachfrist Schadensersatz nach den Vorschriften über den Schuldnerverzug zu leisten.
- c) Der Auftragnehmer hat die zur Güteprüfung erforderlichen Arbeitskräfte, Räume, Maschinen, Geräte, Prüf- und Messeinrichtungen sowie Betriebsstoffe zur Verfügung zu stellen.
- d) Besteht aufgrund der Güteprüfung Einvernehmen über die Zurückweisung der Leistung oder von Teilleistungen als nicht vertragsgemäß, so hat der Auftragnehmer diese durch vertragsgemäße zu ersetzen.
- e) Besteht kein Einvernehmen über die Zurückweisung der Leistung aufgrund von Meinungsverschiedenheiten über das angewandte Prüfverfahren, so kann der Auftragnehmer eine weitere Prüfung durch eine mit dem Auftraggeber zu vereinbarende Prüfstelle verlangen, deren Entscheidung endgültig ist. Die hierbei entstehenden Kosten trägt der unterliegende Teil.
- f) Der Auftraggeber hat vor Auslieferung der Leistung einen Freigabevermerk zu erteilen. Dieser ist die Voraussetzung für die Auslieferung an den Auftraggeber.
- g) Der Vertragspreis enthält die Kosten, die dem Auftragnehmer durch die vereinbarte Güteprüfung entstehen. Entsprechend der Güteprüfung unbrauchbar gewordene Stücke werden auf die Leistung nicht angerechnet.

§ 13

Abnahme

1. (1) Für den Übergang der Gefahr gelten, soweit nichts anderes vereinbart ist, die gesetzlichen Vorschriften.
(2) Wenn der Versand oder die Übergabe der fertiggestellten Leistung auf Wunsch des Auftraggebers über den im Vertrag vorgesehenen Termin hinausgeschoben wird, so geht, sofern nicht ein anderer Zeitpunkt vereinbart ist, für den Zeitraum der Verschiebung die Gefahr auf den Auftraggeber über.
2. (1) Abnahme ist die Erklärung des Auftraggebers, dass der Vertrag der Hauptsache nach erfüllt ist. Ist eine Abnahme gesetzlich vorgesehen oder vertraglich vereinbart, hat der Auftraggeber innerhalb der vorgesehenen Frist zu erklären, ob er die Leistung annimmt.
Liegt ein nicht wesentlicher Mangel vor, so kann der Auftraggeber die Abnahme nicht verweigern, wenn der Auftragnehmer seine Pflicht zur Beseitigung des Mangels ausdrücklich anerkennt.
Bei Nichtabnahme gibt der Auftraggeber dem Auftragnehmer die Gründe bekannt und setzt, sofern insbesondere eine Nacherfüllung möglich und beiden Parteien zumutbar ist, eine Frist zur erneuten Vorstellung zur Abnahme, unbeschadet des Anspruchs des Auftraggebers aus der Nichteinhaltung des ursprünglichen Erfüllungszeitpunkts.
(2) Mit der Abnahme entfällt die Haftung des Auftragnehmers für erkannte Mängel, soweit sich der Auftraggeber nicht die Geltendmachung von Rechten wegen eines bestimmten Mangels vorbehalten hat.
(3) Hat der Auftraggeber die Leistung in Benutzung genommen, so gilt die Abnahme mit Beginn der Benutzung als erfolgt, soweit nichts anderes vereinbart ist.
(4) Bei der Abnahme von Teilen der Leistung gelten die vorstehenden Absätze entsprechend.
3. Der Auftraggeber kann dem Auftragnehmer eine angemessene Frist setzen um Sachen, die der Auftraggeber als nicht vertragsgemäß zurückgewiesen hat, fortzuschaffen. Nach Ablauf der Frist kann er diese

Sachen unter möglichster Wahrung der Interessen des Auftragnehmers auf dessen Kosten veräußern.

§ 14

Mängelansprüche und Verjährung

1. [] Ist ein Mangel auf ein Verlangen des Auftraggebers nach Änderung der Beschaffenheit der Leistung (§ 2 Nr. 1), auf die von ihm gelieferten oder vorgeschriebenen Stoffe oder von ihm geforderten Vorlieferungen eines anderen zurückzuführen, so ist der Auftragnehmer von Ansprüchen aufgrund dieser Mängel frei, wenn er die schriftliche Mitteilung nach § 2 Nr. 2 oder § 4 Nr. 3 erstattet hat oder wenn die vom Auftraggeber gelieferten Stoffe mit Mängeln behaftet sind, die bei Anwendung verkehrsbüblicher Sorgfalt nicht erkennbar waren.
2. Für die Mängelansprüche gelten die gesetzlichen Vorschriften mit folgenden Maßgaben:
 - a) Weist die Leistung Mängel auf, so ist dem Auftragnehmer zunächst Gelegenheit zur Nacherfüllung innerhalb angemessener Frist zu gewähren. Alle diejenigen Teile oder Leistungen sind nach Wahl des Auftragnehmers unentgeltlich nachzubessern, neu zu liefern oder neu zu erbringen, die innerhalb der Verjährungsfrist einen Sachmangel aufweisen, soweit dessen Ursache bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorlag.
Nach Ablauf der Frist zur Nacherfüllung kann der Auftraggeber die Mängel auf Kosten des Auftragnehmers selbst beseitigen oder durch einen Dritten beseitigen lassen.
Der Auftraggeber kann eine angemessene Frist auch mit dem Hinweis setzen, dass er die Beseitigung des Mangels nach erfolglosem Ablauf der Frist ablehne; in diesem Fall kann der Auftraggeber nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen
 1. die Vergütung mindern oder vom Vertrag zurücktreten sowie
 2. Schadensersatz oder Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen.
 - b) [] Ein Anspruch des Auftraggebers auf Schadensersatz bezieht sich auf den Schaden am Gegenstand des Vertrages selbst, es sei denn,
 - aa) der entstandene Schaden ist durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Auftragnehmers selbst, seiner gesetzlichen Vertreter oder seiner Erfüllungsgehilfen (§ 278 des Bürgerlichen Gesetzbuches) verursacht,
 - bb) der Schaden ist durch die Nichterfüllung einer Garantie für die Beschaffenheit der Leistung verursacht oder
 - cc) der Schaden resultiert aus einer Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit.
Soweit der Auftragnehmer nicht nach aa) – cc) haftet, ist der Anspruch auf Ersatz vergeblicher Aufwendungen begrenzt auf den Wert der vom Mangel betroffenen Leistung.
Die Schadens- und Aufwendungsersatzpflicht gemäß aa) entfällt, wenn der Auftragnehmer nachweist, dass Sabotage vorliegt, oder wenn der Auftraggeber die Erfüllungsgehilfen gestellt hat oder wenn der Auftragnehmer auf die Auswahl der Erfüllungsgehilfen einen entscheidenden Einfluss nicht ausüben konnte. []
 - c) Der Auftraggeber kann dem Auftragnehmer eine angemessene Frist setzen, mangelhafte Sachen fortzuschaffen. Nach Ablauf der Frist kann er diese Sachen unter möglichster Wahrung der Interessen des Auftragnehmers auf dessen Kosten veräußern.
 - d) Für vom Auftraggeber unsachgemäß und ohne Zustimmung des Auftragnehmers vorgenommene Änderungen oder Instandsetzungsarbeiten und deren Folgen haftet der Auftragnehmer nicht.
3. Soweit nichts anderes vereinbart ist, gelten für die Verjährung der Mängelansprüche die gesetzlichen Fristen des Bürgerlichen Gesetzbuches. Andere Regelungen sollen vorgesehen werden, wenn dies wegen der Eigenart der Leistung erforderlich ist; hierbei können die in dem jeweiligen Wirtschaftszweig üblichen Regelungen in Betracht gezogen werden. Der Auftraggeber hat dem Auftragnehmer [] Mängel unverzüglich schriftlich anzuzeigen. []

§ 15**Rechnung**

- (1) Der Auftragnehmer hat seine Leistung nachprüfbar abzurechnen. Er hat dazu Rechnungen übersichtlich aufzustellen und dabei die im Vertrag vereinbarte Reihenfolge der Posten einzuhalten, die in den Vertragsbestandteilen enthaltenen Bezeichnungen zu verwenden sowie gegebenenfalls sonstige im Vertrag festgelegte Anforderungen an Rechnungsvordrucke zu erfüllen und Art und Umfang der Leistung durch Belege in allgemein üblicher Form nachzuweisen. Rechnungsbeträge, die für Änderungen und Ergänzungen zu zahlen sind, sollen unter Hinweis auf die getroffenen Vereinbarungen von den übrigen getrennt aufgeführt oder besonders kenntlich gemacht werden.
(2) Wenn vom Auftragnehmer nicht anders bezeichnet, gilt diese Rechnung als Schlussrechnung.
- Wird eine prüfbare Rechnung gemäß Nr. 1 trotz Setzung einer angemessenen Frist nicht eingereicht, so kann der Auftraggeber die Rechnung auf Kosten des Auftragnehmers für diesen aufstellen, wenn er dies angekündigt hat.

§ 16**Leistungen nach Stundenverrechnungssätzen**

- Leistungen werden zu Stundenverrechnungssätzen nur bezahlt, wenn dies im Vertrag vorgesehen ist oder wenn sie vor Beginn der Ausführung vom Auftraggeber in Auftrag gegeben worden sind.
- Dem Auftraggeber sind Beginn und Beendigung von derartigen Arbeiten anzuzeigen. Soweit nichts anderes vereinbart ist, sind über die Arbeiten nach Stundenverrechnungssätzen wöchentlich Listen einzureichen, in denen die geleisteten Arbeitsstunden und die etwa besonders zu vergütenden Roh- und Werkstoffe, Hilfs- und Betriebsstoffe sowie besonders vereinbarte Vergütungen für die Bereitstellung von Gerüsten, Werkzeugen, Geräten, Maschinen und dergleichen aufzuführen sind.
- Soweit nichts anderes vereinbart ist, sind Listen wöchentlich, erstmalig 12 Werktagen nach Beginn, einzureichen.

§ 17**Zahlung**

- Die Zahlung des Rechnungsbetrages erfolgt nach Erfüllung der Leistung. Sie kann früher gemäß den vereinbarten Zahlungsbedingungen erfolgen. Fehlen solche Vereinbarungen, so hat die Zahlung des Rechnungsbetrages binnen 30 Tagen nach Eingang der prüfbaren Rechnung zu erfolgen. Die Zahlung geschieht in der Regel bargeldlos. Maßgebend für die Rechtzeitigkeit ist der Zugang des Überweisungsauftrages beim Zahlungsinstitut des Auftraggebers.
- Sofern Abschlagszahlungen vereinbart sind, sind sie in angemessenen Fristen auf Antrag entsprechend dem Wert der erbrachten Leistungen in vertretbarer Höhe zu leisten. Die Leistungen sind durch nachprüfbare Aufstellungen nachzuweisen. Abschlagszahlungen gelten nicht als Abnahme von Teilen der Leistung.
- Bleiben bei der Schlussrechnung Meinungsverschiedenheiten, so ist dem Auftragnehmer gleichwohl der ihm unbestritten zustehende Betrag auszus zahlen.
- Die vorbehaltlose Annahme der als solche gekennzeichneten Schlusszahlung schließt Nachforderungen aus. Ein Vorbehalt ist innerhalb von zwei Wochen nach Eingang der Schlusszahlung zu erklären. Ein Vorbehalt wird hinfällig, wenn nicht innerhalb eines weiteren Monats eine prüfbare Rechnung über die vorbehaltenen Forderungen eingereicht oder, wenn dies nicht möglich ist, der Vorbehalt eingehend begründet wird.
- Werden nach Annahme der Schlusszahlung Fehler in den Unterlagen der Abrechnung festgestellt, so ist die Schlussrechnung zu berichtigen. Solche Fehler sind Fehler in der Leistungsermittlung und in der Anwendung der allgemeinen Rechenregeln, Komma- und Übertragungseinschließlich Seitenübertragungsfehler. Auftraggeber und Auftragnehmer sind verpflichtet, die sich daraus ergebenden Beträge zu erstatten.

§ 18**Sicherheitsleistung**

- (1) Soweit nichts anderes vereinbart ist, sind Sicherheitsleistungen unter den Voraussetzungen des § 14 VOL/A erst ab einem Auftragswert von 50.000,- Euro zulässig. Wenn eine Sicherheitsleistung vereinbart ist, gelten die §§ 232-240 des Bürgerlichen Gesetzbuches, soweit sich aus den nachstehenden Bestimmungen nichts anderes ergibt.
(2) Die Sicherheit dient dazu, die vertragsgemäße Ausführung der Leistung und die Durchsetzung von Mängelansprüchen sicherzustellen.
- (1) Wenn im Vertrag nichts anderes vereinbart ist, kann Sicherheit durch Hinterlegung von Geld oder durch Bürgschaft eines in der Europäischen Union oder in einem Staat, der Vertragspartei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder Mitglied des WTO-Dienstleistungsübereinkommens (GATS) ist, zugelassenen Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden. Sofern der Auftraggeber im Einzelfall begründete Bedenken gegen die Tauglichkeit des Bürgen hat, hat der Auftragnehmer die Tauglichkeit nachzuweisen.
(2) Der Auftragnehmer hat die Wahl unter den verschiedenen Arten der Sicherheit; er kann eine Sicherheit durch eine andere ersetzen.
- Bei Bürgschaft durch andere als zugelassene Kreditinstitute oder Kreditversicherer ist Voraussetzung, dass der Auftraggeber den Bürgen als tauglich anerkannt hat.
- (1) Die Bürgschaftserklärung ist schriftlich mit der ausdrücklichen Bestimmung, dass die Bürgschaft deutschem Recht unterliegt, unter Verzicht auf die Einreden der Aufrechenbarkeit, der Anfechtbarkeit und der Vorausklage abzugeben (§§ 770, 771 des Bürgerlichen Gesetzbuches); sie darf nicht auf bestimmte Zeit begrenzt und muss nach Vorschrift des Auftraggebers ausgestellt sein. Die Bürgschaft muss unter den Voraussetzungen von § 38 der Zivilprozessordnung die ausdrückliche Vereinbarung eines vom Auftraggeber gewählten inländischen Gerichtsstands für alle Streitigkeiten über die Gültigkeit der Bürgschaftsvereinbarung sowie aus der Vereinbarung selbst enthalten.
(2) Der Auftraggeber kann als Sicherheit keine Bürgschaft fordern, die den Bürgen zur Zahlung auf erstes Anfordern verpflichtet.
- Wird Sicherheit durch Hinterlegung von Geld geleistet, so hat der Auftragnehmer den Betrag bei einem zu vereinbarenden Geldinstitut auf ein Sperrkonto einzuzahlen, über das beide Parteien nur gemeinsam verfügen können. Etwaige Zinsen stehen dem Auftragnehmer zu.
- Der Auftragnehmer hat die Sicherheit binnen 18 Werktagen nach Vertragsschluss zu leisten, wenn nichts anderes vereinbart ist.
- Der Auftraggeber hat eine Sicherheit entsprechend dem völligen oder teilweisen Wegfall des Sicherungszwecks unverzüglich zurückzugeben.

§ 19**Streitigkeiten**

- Bei Meinungsverschiedenheiten sollen Auftraggeber und Auftragnehmer zunächst versuchen, möglichst binnen zweier Monate eine gütliche Einigung herbeizuführen.
- Liegen die Voraussetzungen für eine Gerichtsstandsvereinbarung nach § 38 der Zivilprozessordnung vor, richtet sich der Gerichtsstand für alle Streitigkeiten über die Gültigkeit des Vertrages und aus dem Vertragsverhältnis ausschließlich nach dem Sitz der für die Prozessvertretung des Auftraggebers zuständigen Stelle, soweit nichts anderes vereinbart ist. Die auftraggebende Stelle ist auf Verlangen verpflichtet, die den Auftraggeber im Prozess vertretende Stelle mitzuteilen.
- Streitfälle berechtigen den Auftragnehmer nicht, die übertragenen Leistungen einzustellen, wenn der Auftraggeber erklärt, dass aus Gründen besonderen öffentlichen Interesses eine Fortführung der Leistung geboten ist.