

# Newsletter

der Rechtsanwälte Dres. Theißen & Stollhoff

Baurecht, Immobilienrecht, Ingenieurrecht, Vergaberecht

## AKTUELLES AUS DER RECHTSPRECHUNG

### Baurecht

#### Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern in AGB öffentlicher Auftraggeber

BGH, U. v. 25.03.2004 – VII ZR 453/02

#### LEITSATZ

1. Die Verpflichtung eines Bauunternehmers, zur Sicherung von Vertragserfüllungsansprüchen eine Bürgschaft auf erstes Anfordern zu stellen, ist auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines öffentlichen Auftraggebers unwirksam. Der Vertrag ist ergänzend dahin auszulegen, dass der Auftragnehmer eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft schuldet.

2. Die ergänzende Vertragsauslegung kommt für Verträge, die nach dem 31.12.2002 geschlossen worden sind, nicht mehr in Betracht. Das gilt auch für Verträge, bei denen ein öffentlicher Auftraggeber nicht beteiligt ist.

#### HINWEIS

Nach der Rechtsprechung des BGH (vgl. Urteil des 7. Senats vom 18.04.2002 - Newsletter 3/2002) sind Sicherungsabreden in AGB,

welche die Stellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern vorsehen, unwirksam. Die Frage, ob dies auch für AGB der öffentlichen Hand gilt, war bislang umstritten. Der BGH hat nunmehr eine Unwirksamkeit der Sicherungsabrede auch

#### INHALT

<b>Aktuelles aus der Rechtsprechung</b>	1
<b>Nachrichten aus der Bau- und Immobilienwirtschaft</b>	
➤ Entwurf eines Forderungssicherungsgesetzes	2
➤ Abmahnung des DVA	3
➤ Empfehlung von Mindesthonoraren EU-widrig	4
➤ Neufassung des EEG	5
➤ Die Verschlinkung des Vergaberechts	7
➤ Neue Haftungsfallen für Vorstände	8
<b>Dres. Theißen &amp; Stollhoff - Intern</b>	9
<b>Auf einen Blick</b>	
Nachtragskompass	10

## Editorial

In der aktuellen Ausgabe unseres Newsletters finden Sie neben zahlreichen interessanten Entscheidungen auch das für Auftraggeber und Bieter gleichermaßen bedeutende Urteil des Bundesgerichtshofs zum Ausschluss von Angeboten mit „1-Cent“-Positionen.

Der Stärkung der Zahlungsmoral soll ein Forderungssicherungs-Gesetz dienen. Die erwogenen Gesetzesänderungen sind auf Seite 4 skizziert.

Die Praktiker-Rubrik „Auf einen Blick“ enthält unseren „Nachtragskompass“ für eine erste Orientierung im „Nachtrags-Dschungel“.

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

für diese Fälle bejaht. Allerdings gewährt der BGH für alle vor dem 01.01.2003 geschlossenen Verträge einen Vertrauensschutz zu Gunsten des Klauselverwenders. Der Auftragnehmer kann danach lediglich verlangen, dass sich der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer und dem Bürgen schriftlich verpflichtet, die Bürgschaft nicht auf erstes Anfordern, sondern nur als selbstschuldnerische Bürgschaft geltend zu machen.

#### **ENTWURF EINES FORDERUNGSSICHERUNGSGESETZES BEIM BUNDESTAG EINGEBRACHT**

Der Bundesrat hat am 11.06.2004 den Entwurf eines Gesetzes zur dinglichen Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen beim Deutschen Bundestag eingebracht. Ziel ist es, die Zahlungsmoral durch ein Bündel von Maßnahmen zu stärken. Der Gesetzentwurf sieht vor, die Voraussetzungen, unter denen ein Unternehmer Abschlagszahlungen verlangen kann, in Anlehnung an die VOB/B zu erleichtern. Die Möglichkeiten, eine Bauhandwerkersicherung zu erhalten, sollen deutlich erweitert werden. Der bisher im BGB vorgesehene „Druckzuschlag“ beim Einbehalt wegen Mängeln soll auf das Doppelte der Mangelbeseitigungskosten reduziert werden. Der Zahlungsanspruch des Subunternehmers gegenüber dem Hauptunternehmer soll fällig werden, wenn der Bauherr dessen Leistung gegenüber dem Hauptunternehmer abgenommen hat („Durchgriffsfähigkeit“). Schließlich soll ein neues Rechtsinstitut, die vorläufige Zahlungsanordnung, eingeführt werden. Es würde dem Kläger die Titulierung seines Zahlungsanspruchs auf Grund fundierter Prognosen schon vor Eintritt der Entscheidungsreife erlauben. Auch soll der Erlass eines Teil- oder Vorbehaltsurteils nicht mehr im Ermessen des Gerichts stehen, sondern nur in ausdrücklich im Gesetz benannten Ausnahmefällen unterbleiben.

#### **Bürgschaft nach Muster des Auftraggebers**

BGH, U. v. 26.02.2004 – VII ZR 247/02

##### **LEITSATZ**

1. Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Bauvertrages, die den Auftragnehmer verpflichtet, zur Sicherung der Gewährleistungsansprüche des Auftraggebers ausschließlich eine unbefristete, unwiderrufliche, selbstschuldnerische Bürgschaft zu stellen, ist nicht nach § 9 AGBG unwirksam.
2. Wird der Auftragnehmer in einer solchen Klausel verpflichtet, die Bürgschaft gemäß „Muster des Auftraggebers“ zu stellen, ist damit in Anlehnung an § 17 Nr. 4 Satz 2 VOB/B zum Ausdruck gebracht, dass die Bürgschaft nach Vorschrift des Auftraggebers auszustellen ist. Der Auftraggeber wird nicht berechtigt, die Sicherungsabrede durch das Muster zu ändern.

#### **Kündigung wegen Unterbrechung der Bauausführung**

BGH, U. v. 13.05.2004 – VII ZR 363/02

##### **LEITSATZ**

1. § 6 Nr. 7 VOB/B ist auch dann anwendbar, wenn ein Unternehmer vor der Unterbrechung der Bauausführung mit seiner Arbeit auf der Baustelle noch nicht begonnen hat.
2. Die Kündigung nach § 6 Nr. 7 VOB/B kann vor Ablauf der Dreimonatsfrist erklärt werden, wenn mit Sicherheit feststeht, dass die Unterbrechung länger als drei Monate dauern wird.
3. Die Kündigung nach § 6 Nr. 7 VOB/B kann auch die Vertragspartei erklären, aus deren Risikobereich die Ursache für die Unterbrechung der Bauausführung herrührt oder die diese zu vertreten hat, sofern ihr ein Festhalten an dem Vertrag nicht zumutbar ist.

##### **HINWEIS**

§ 6 Nr. 7 VOB/B gewährt den Parteien eines Bauvertrages ein Sonderkündigungsrecht, wenn die Bauarbeiten um mehr als drei Monate unterbrochen sind. Der Bundesgerichtshof hat mit der

vorstehenden Entscheidung den Anwendungsbe-  
reich des § 6 Nr. 7 VOB/B erweitert.

### **Schlussrechnung ohne Aufmaß?**

BGH, U.v. 17.06.2004 - VII ZR 337/02

#### **LEITSATZ**

1. Ist es dem Auftragnehmer nicht mehr möglich, den Stand der von ihm bis zur Kündigung erbrachten Leistung durch ein Aufmaß zu ermitteln, weil der Auftraggeber das Aufmaß dadurch vereitelt hat, dass er das Bauvorhaben durch einen Drittunternehmer hat fertig stellen lassen, genügt der Auftragnehmer seiner Verpflichtung zur prüf-  
baren Abrechnung, wenn er alle ihm zur Verfügung stehenden Umstände mitteilt, die Rückschlüsse auf den Stand der erbrachten Leistung ermöglichen.
2. Unter dieser Voraussetzung genügt der Auftragnehmer seiner Darlegungslast, wenn er Tatsachen vorträgt, die dem Gericht die Möglichkeit eröffnen, ggf. mit Hilfe eines Sachverständigen

den Mindestaufwand des Auftragnehmers zu schätzen, der für die Errichtung des Bauvorhabens erforderlich war.

#### **HINWEIS**

Der BGH hatte über die Prüfbarkeit einer Schlussrechnung für einen gekündigten Pauschalpreisvertrag zu entscheiden. Die Parteien hatten den Leistungsstand einvernehmlich für die einzelnen Gewerke durch Prozentangaben festgehalten. Anhand dieser Prozentangaben und der offengelegten Kalkulationsansätze hatte der Auftragnehmer sodann seine Schlussrechnung erstellt. In diesem konkreten Fall hielt der BGH ein Aufmaß für die Abgrenzung zwischen erbrachten und nicht erbrachten Leistungen für nicht erforderlich. Die Entscheidung des BGH sollte daher nur auf Sachverhalte übertragen werden, in denen Auftragnehmer für ihre Abrechnung auf eine vergleichbar gesicherte Tatsachengrundlagen zurückgreifen können.

### **ABMAHNUNG DES DEUTSCHEN VERGABE- UND VERTRAGSAUSSCHUSSES FÜR BAULEISTUNGEN (DVA) WEGEN EMPFEHLUNG DER VOB/B**

Ein von der Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. in Auftrag gegebenes Rechtsgutachten meint bei insgesamt 24 Klauseln der VOB/B 2002 massive Verbraucherbenachteiligungen erkannt zu haben. So etwa in der Verkürzung der Verjährungsfrist auf 4 bzw. 2 Jahre; der Erschwerung der Vertragsbeendigung durch die Pflicht zur vorherigen Kündigungsandrohung; der Möglichkeit einer fiktiven Abnahme ohne erneuten Hinweis auf die Abnahmewirkung und in einer angeblich fehlenden Preistransparenz bei Einheitspreisverträgen.

Soweit die VOB/B als Ganzes vereinbart ist, sind diese Klauseln jedoch einer Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB (ehemals AGBG) entzogen. Da die VOB/B auch für ca. 70 - 80 % aller privaten Bauvorhaben vereinbart wird, sieht der Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. in dieser Privilegierung einen Verstoß gegen die EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (93/13/EWG). Um mittelfristig eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes hierzu herbeizuführen, hat der Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. den Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) als Verfasser und Empfehler der VOB/B abgemahnt. Der Gesetzgeber soll dadurch zur Schaffung eines privaten Bauvertragsrechts im BGB veranlasst werden. Ein Rückgriff auf die VOB/B in Verbraucherverträgen wäre damit entbehrlich. Das Gutachten der Verbraucherzentrale Bundesverband ist unter [www.vzbv.de](http://www.vzbv.de) erhältlich. Die Praxisnähe dieser Erkenntnisse der Verbraucherzentrale ist allerdings zweifelhaft. Denn Bauverträge ohne jeglichen Eingriff in den Regelungsgehalt der VOB/B stellen die Ausnahme dar. Mit der Aufgabe der „Kernbereichslehre“ durch den BGH (Urteil vom 22.01.2004 - Newsletter 1/04) ist die Möglichkeit einer Inhaltskontrolle der VOB/B durch die Gerichte daher bereits jetzt in erheblichem Umfang ge-

## BGH zu Abrechnungsregelungen der VOB/C

BGH, U. v. 17.06.2004 - VII ZR 75/03

### LEITSATZ

1. Die Abrechnungsregelungen der VOB/C: Allgemeine Technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen sind Allgemeine Geschäftsbedingungen (...).
4. Auf welcher vertraglichen Grundlage das Aufmaß zu nehmen ist, ist eine Rechtsfrage und daher einer Begutachtung durch einen Bausachverständigen nicht zugänglich.
5. Die Ermittlung, ob eine Verkehrssitte besteht, kann dem Gutachter übertragen werden.

### HINWEIS

Der 7. Senat des BGH stellt in seiner Entscheidung klar, dass auch die Abrechnungsregelungen der VOB/C (Allgemeine Technische Vertragsbedingungen) Allgemeine Geschäftsbedingungen darstellen. Sie sind daher vom Gericht nach objektiven Maßstäben auszulegen. Bei Verträgen zwischen Bauunternehmen ist das den Wortlaut sowie dem Sinn und Zweck der Regelung berücksichtigende, redliche Verständnis der Vertragspartner des Baugewerbes maßgeblich. Das Gericht kann durch einen Sachverständigen ermitteln lassen, ob eine Verkehrsauffassung oder Verkehrssitte existiert, welche Abrechnungsregelungen der VOB/C auf eine bestimmte Leistung anzuwenden ist.

---

## Architektenrecht

### Ansprüche des Gewinners bei Nichtrealisierung eines siegreichen Wettbewerbsentwurfs

BGH, U. v. 27.05.2004 - III ZR 433/02

Der 3. Senat des BGH hatte darüber zu entscheiden, ob wirtschaftliche Gründe einen öffentlichen Auftraggeber berechtigen, sich von seiner Ankündigung in den Auslobungsbedingungen eines Wettbewerbs, dem Preisträger weitere Architektenleistungen für das Objekt zu übertragen, zu lösen.

Eine Gemeinde hatte in ihren Allgemeinen Auslobungsbedingungen für einen Realisierungswett-

### EMPFEHLUNG VON MINDESTHONORAREN VERSTÖßT GEGEN EU-RECHT

Nach Auffassung der EU-Kommission stellt die von der belgischen Architektenkammer erstellte und veröffentlichte Tabelle mit empfohlenen Mindesthonoraren eine Beschränkung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarktes dar. Die Kommission verurteilt die Architektenkammer daher in ihrer Entscheidung vom 24. Juni 2004 zu einer Geldstrafe von € 100.000,00. Das Argument der Kammer, bei der Honorarordnung handle es sich um eine bloße Empfehlung, entkräftet die Kommission mit einem Verweis auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs, nach der eine Empfehlung unabhängig davon, wie sie rechtlich einzuordnen ist, gegen Art. 81 EG verstoßen kann, wenn sie Ausdruck des Willens der Unternehmensvereinigung ist, das Verhalten der Angehörigen des Berufsstandes zu koordinieren. Da die Festlegung von Mindestpreisen nicht durch ein belgisches Gesetz vorgeschrieben ist, steht nach Auffassung der Kommission der diesbezügliche Wille der Kammer außer Frage. Des Weiteren sei die Einführung von Mindestpreisen nicht erforderlich für die ordnungsgemäße Ausübung des Architektenberufs, so dass auch keine Tatbestandsausnahme von Art. 81 EG bestehe.

bewerb erklärt, sie beabsichtige dem Gewinner die weitere Bearbeitung der Leistungsphasen 2-5 des § 15 HOAI zu übertragen. Aufgrund der sich in der Folgezeit verschlechternden finanziellen Situation führte die Gemeinde jedoch einen kostengünstigeren Entwurf ihres Bauamtes aus. Das Gericht hat dies nicht beanstandet. Der nachträgliche Wegfall einkalkulierter Subventionen oder veranschlagter Steuereinnahmen könne es für Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts erforderlich machen, von der Verwirklichung des preisgekrönten Entwurfs abzusehen und sich für einen in der neuen Situation realisierbar erscheinenden günstigeren Alternativentwurf zu entscheiden. Zu berücksichtigen sei die Kostendifferenz der Entwürfe im Verhältnis zum Gesamtvolumen der Baumaßnahme.

---

## Prüffähigkeit einer Architektenrechnung nach DIN 276, Fassung 1993

OLG Oldenburg, U. v. 04.05.2004 – 2 U 112/03

### LEITSATZ

Eine Rechnung ist auch dann prüffähig, wenn der Architekt ihr eine spätere Fassung der DIN 276 als die von 1981 zugrunde gelegt hat (...).

### HINWEIS

Nach § 10 Abs. 2 HOAI sind für das Architektenhonorar die anrechenbaren Kosten nach der „alten“ DIN 276 in der Fassung vom April 1981 zu ermitteln. Der BGH hatte mit Urteil vom 22.01.1998 eine Architektenrechnung, der die „neue“ DIN 276 aus dem Jahr 1993 zugrunde lag, als in aller Regel nicht prüffähig eingestuft. In späteren Entscheidungen hat der BGH jedoch betont, dass die Prüffähigkeit kein Selbstzweck ist. Das OLG Oldenburg sieht daher auch eine Abrechnung unter Zugrundelegung der „neuen“ DIN 276 ausnahmsweise als prüffähig an, wenn die Kostenermittlung im konkreten Einzelfall in gleicher Weise den Prüfungs- und Kontrollinteressen des Auftraggebers genügt.

## Immobilienrecht

### Geschlossene Immobilienfonds - Rechte des Anlegers gegenüber seiner Bank

BGH, U. v. 14.06.2004 - II ZR 374/02

### LEITSATZ

1. Der Beitritt zu einem geschlossenen Immobilienfonds und der zur Finanzierung dieses Beitritts abgeschlossene Kreditvertrag bilden jedenfalls dann ein verbundenes Geschäft i.S. des § 9 VerbrKrG, wenn sich der Fonds und die Bank derselben Vertriebsorganisation bedienen.  
2. Wenn der Anleger bei dem Fondsbeitritt getäuscht worden ist, kann er die daraus gegen die Gründungsgesellschafter und die sonst für die Täuschung Verantwortlichen folgenden Schadensersatzansprüche auch der Bank entgegensetzen. Er schuldet daher nicht die Rückzahlung der Darlehensvaluta, sondern hat der Bank nur seinen

Fondsanteil einschließlich seiner Schadensersatzansprüche zu übertragen. Umgekehrt hat ihm die Bank die geleisteten Zins- und Tilgungsraten abzüglich der vereinnahmten Erträge und Steuervorteile zurückzuzahlen.

3. Um diese Rechtsfolgen auszulösen, braucht der Anleger seine Beteiligung an dem Fonds nicht diesem gegenüber zu kündigen. Es genügt, dass er sich gegenüber der Bank auf die Täuschung beruft.

### HINWEIS

Die gleichen Rechte haben nach Auffassung des 2. Senats des BGH Verbraucher, wenn die Verträge in ihrer Wohnung abgeschlossen oder angebahnt und sie nicht über ihr Widerrufsrecht nach dem Haustürwiderrufsgesetz (§ 312 BGB) belehrt wurden. Auch die Beteiligung eines nicht zur Besorgung von Rechtsangelegenheiten zugelassenen Treuhänders - i.d.R. des Anlagevermittlers - oder eine nicht hinreichende Belehrung über die Kreditkonditionen können zur Unwirksamkeit des Kreditvertrages führen.

Mit dieser und fünf weiteren gleichgelagerten Entscheidungen (II ZR 392/01, II ZR 395/01, II ZR 385/02, II ZR 393/02 und II ZR 407/02) hat sich der 2. Senat des BGH gegen die ständige Rechtsprechung des 8. Senats des BGH und der meisten Oberlandesgerichte gestellt und die Rechte der Anleger gegenüber ihren finanzierenden Banken deutlich gestärkt.

### NEUFASSUNG DES ERNEUERBARE- ENERGIEN-GESETZES

Zum 1. August 2004 wurde mit dem „Gesetz zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren Energien im Strombereich“ die Neufassung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG) in Kraft gesetzt.

Mit umfangreichen Neuregelungen wird eine Erhöhung des Anteils Erneuerbarer Energien an der Stromversorgung bis zum Jahr 2010 auf 12,5% und bis zum Jahr 2020 auf 20 % bezweckt.

## **Betriebskostenvorauszahlungen begründen kein schützenswertes Vertrauen**

BGH, U. v. 28.04.2004 – XII ZR 21/02

### **LEITSATZ**

Allein der Umstand, dass die vom gewerblichen Vermieter verlangte Betriebskostenvorauszahlung die später entstandenen Kosten deutlich unterschreitet, führt noch nicht zur Annahme einer Verletzung der Aufklärungspflicht. Eine solche ist nur bei Vorliegen besonderer Umstände, die einen Vertrauenstatbestand beim Mieter begründen, zu bejahen.

### **HINWEIS**

In einem Gewerbemietverhältnis lagen die tatsächlichen Betriebskosten bei dem 4 bis 5fachen der vertraglich vereinbarten Betriebskostenvorauszahlungen. Die Geltendmachung entsprechender Nachforderungen ist nach Auffassung des BGH gleichwohl nicht ausgeschlossen. Eine schuldhaftige Verletzung von Aufklärungspflichten bei Vertragsschluss hat der BGH verneint. Da der Mieter für den Vermieter nicht erkennbar geschäftsunerfahren war, war es seine Sache, sich umfassend zu informieren und zu klärungsbedürftigen Punkten in den Vertragsverhandlungen Fragen zu stellen. Er hätte sich daher über die Höhe der Betriebskosten selbst informieren müssen. Die Nachforderung ist auch nicht nach Treu und Glauben ausgeschlossen. Allein die Höhe der vereinbarten Vorauszahlungen schafft noch keinen Vertrauenstatbestand für die Höhe der Betriebskosten. Denn der Vermieter ist nicht verpflichtet, überhaupt oder in einer gewissen Mindesthöhe Vorauszahlungen auf die Betriebskosten zu verlangen. Der Mieter kann daher nicht ohne weiteres davon ausgehen, dass sich der Vermieter bei der Vereinbarung der Betriebskostenvorauszahlungen ungefähr am erwarteten Abrechnungsergebnis orientiert.

## **Zusicherung der Vollvermietung eines Einkaufszentrums?**

BGH, U. v. 26.05.2004 – XII ZR 149/02

Nach der Rechtsprechung des BGH stellt es keinen Mangel der Mietsache dar, wenn ein Ein-

kaufszentrum nicht während der gesamten Laufzeit des Mietvertrages eines Ladenmieters vollvermietet ist. Auch ist die Vollvermietung keine zusicherungsfähige Eigenschaft der Mietsache. Die Verschlechterung der Belegungssituation lässt auch nicht die Geschäftsgrundlage des Mietvertrages entfallen, da das Verwendungsrisiko von dem Mieter zu tragen ist. Wenn der Vermieter jedoch schuldhaft unzutreffende Informationen in Bezug auf das Mietobjekt erteilt, kann dies eine fristlose Kündigung wegen Verschuldens bei Vertragsschluss rechtfertigen. Nach Auffassung des 12. Senats des BGH muss in der Angabe eines gegenwärtigen Vermietungszustandes in der Präambel eines Mietvertrages keine Zusicherung für die Aufrechterhaltung dieses Vermietungsstandes über die gesamte Laufzeit des Mietvertrages gesehen werden. Der Vermieter sei auch nicht verpflichtet, den Mieter bei Vertragsschluss über Sonderkündigungsrechte anderer Mieter zu informieren.

## **Vergaberecht**

### **Zwingender Ausschluss des Angebots bei mischkalkulierten Niedrigpreisen**

BGH, B. v. 18.05.2004 – X ZB 7/04

### **LEITZSATZ**

1. (...)
2. Ein Bieter, der in seinem Angebot die von ihm tatsächlich für einzelne Leistungspositionen geforderten Einheitspreise auf verschiedene Einheitspreise anderer Leistungspositionen verteilt, benennt nicht die von ihm geforderten Preise im Sinne von § 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 3 VOB/A. Deshalb sind Angebote, bei denen der Bieter die Einheitspreise einzelner Leistungspositionen in „Mischkalkulationen“ auf andere Leistungspositionen umlegt, grundsätzlich von der Wertung auszuschließen.

### **HINWEIS**

Die Frage, ob Angebote mit sog. „1-Cent- bzw. 1-Euro-Positionen“, die durch spekulative Auf- und Abpreisungen aufgrund einer Mischkalkulation zustande gekommen sind, zwingend aus-

zuschließen sind, war umstritten. Das Kammergericht hat diese Frage im Wege der Divergenzvorlage dem BGH vorgelegt. Der 10. Senat des BGH hat nunmehr klargestellt, dass ein Bieter, der kalkulierte Kosten für niedrigbepreiste Positionen in anderen Positionen seines Angebotes „versteckt“, keine vollständigen Angaben im Sinne von § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A abgibt. Derartige Angebote sind gemäß § 25 Nr. 1 lit. b VOB/A von der Wertung auszuschließen. Nicht auszuschließen sind hingegen Angebote, in denen der Bieter niedrige Einheitspreise aus sachlichen Gründen – z.B. Nutzung baustellenübergreifender Synergieeffekte – anbieten kann. Vergabestellen werden sich daher gemäß § 24 Nr. 1 VOB/A bei auffallend niedrigen Einheitspreisen informieren und dokumentieren, ob eine – unzulässige – Mischkalkulation vorliegt oder ob die ausgewiesenen Einheitspreise tatsächlich die für die Leistung geforderten Preise vollständig wiedergeben.

## Wer trägt die Kosten des Beigeladenen?

KG, B. v. 23.02.2004 – 2 Verg VII/03

### LEITSATZ

1. Im Verfahren vor der Vergabekammer ist die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten regelmäßig bereits deshalb geboten, weil das Vergaberecht aufgrund der Eilbedürftigkeit der zu treffenden Entscheidung und der Neuartigkeit der Rechtsmaterie besondere Schwierigkeiten aufweist.
2. Die Beigeladene kann die für eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen jedenfalls dann ersetzt verlangen, wenn sie erfolgreich Anträge stellt, ein eigenes Rechtsmittel einlegt oder zumindest das Verfahren wesentlich fördert.

### DIE VERSCHLANKUNG DES VERGABERECHTS

Die Bundesregierung hat am 12. Mai 2004 "Eckpunkte für eine Verschlinkung des Vergaberechts" beschlossen. Bis Ende des Jahres soll das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit auf dieser Grundlage einen Verordnungsentwurf formulieren. Dies sind die entscheidenden Aussagen des Eckpunktepapiers:

- Das Vergaberecht soll einfacher, schlanker, transparenter, investitions- und mittelstandsfreundlicher werden. Auch soll die Anwenderfreundlichkeit erhöht sowie verstärkt der Korruption vorgebeugt.
- Die in das GWB einbezogenen Teile des Vergaberechts sollen investitionsfreundlicher gestaltet werden.
- Das Nachprüfungsverfahren des GWB hat sich bewährt, wird jedoch nicht auf Aufträge unterhalb der Schwellenwerte ausgedehnt. Dort gilt weiterhin der traditionelle Rechtsschutz, der im Wesentlichen Schadensersatzansprüche für rechtswidriges Verhalten von Auftraggebern vorsieht.
- Oberhalb der Schwellenwerte entsteht eine neue einheitliche Vergabeverordnung für alle öffentlichen Aufträge. Sie löst die bisherige VgV, die Abschnitte 2 bis 4 der VOB/A und der VOL/A sowie die VOF ab.
- Unterhalb der Schwellenwerte bleibt es bei einer verschlankten VOB/A beim Haushaltsrecht, weiterhin betreut durch den Deutschen Vergabe- und Vertragsausschusses (DVA). Liefer- und Dienstleistungsaufträge werden - bis auf Ausnahmen - entsprechend der neuen Verordnung vergeben mit einfachen Regeln für „Kleinaufträge“.
- Freiberufliche Leistungen werden nur oberhalb der Schwellen erfasst.
- Der Wortlaut der Vorschriften wird durch einheitliche Rechtsbegriffe auf der Basis der EU-Begriffe vereinfacht. Es erfolgt eine Streichung von "nicht strikt erforderlichen" Regelungen und die Beschränkung von Sonderregelungen für Spezialfälle auf das unbedingt notwendige Maß.

## NEUE HAFTUNGSFALLEN FÜR VORSTÄNDE UND GESCHÄFTSFÜHRER?

Nach dem derzeitigen Entwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität (Umag) soll die Organaußenhaftung verschärft und die Geltendmachung von Ansprüchen aus der Organinnenhaftung erleichtert werden. Vorgesehen ist eine unmittelbare persönliche Außenhaftung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern gegenüber geschädigten Anlegern für fehlerhafte Informationen des Kapitalmarktes. Ab einen Schwellenwert von € 100.000,00 des Börsenwertes der Aktien kann sogar eine Aktionärsklage drohen.

Zwar soll den Organmitgliedern weiterhin ein weites unternehmerisches Ermessen zustehen. Fehlurteile führen daher nicht zu einer Haftung. Dies ist im Umag mit der sog. Business Judgment Rule verankert. Zur Vermeidung einer Haftung ist aber eine sorgfältige Vorbereitung wichtiger Unternehmensentscheidungen, insbesondere eine umfassende Information erforderlich. Keine Anwendung findet die Business Judgment Rule bei der Verletzung von umweltrechtlichen, steuerrechtlichen, außenwirtschaftlichen oder sonstigen Rechtsvorschriften. Auch hat der Aufsichtsrat künftig wohl kein unternehmerisches Ermessen, wenn es um die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder geht.

Es ist nicht schwer abzuschätzen, dass Organmitglieder künftig wohl einem höheren Risiko einer persönlichen Inanspruchnahme ausgesetzt sind und sich Schadensersatzklagen mehren werden. Der Meinungsaustausch mit Wirtschaftsprüfern und Rechtsanwälten vor wichtigen Unternehmensentscheidungen wird daher in Zukunft zur Vermeidung einer Organhaftung noch mehr an Bedeutung gewinnen. Auch Haftungsfreistellungen und Haftungsbegrenzungen in Anstellungsverträgen – soweit rechtlich zulässig – sowie spezielle D & O –Versicherungen sind für die Betroffenen heute wichtiger denn je.

### HINWEIS

Nach Auffassung des Kammergerichts entspricht es der Billigkeit, der Beigeladenen die mit ihrer Verfahrensbeteiligung ein eigenes Kostenrisiko eingegangen ist, eine Erstattung zu gewähren. Ob die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten erforderlich ist, wird von den Vergabekammern und den Oberlandesgerichten nicht einheitlich beurteilt.

### Austausch des benannten Nachunternehmers?

OLG Düsseldorf, B. v. 05.05.2004 – Verg 10/04

### LEITSATZ

1. Weigert sich der Nachunternehmer, für den Bieter tätig zu werden, ist der Bieter nicht mehr leistungsfähig im Sinne von § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A und zwingend aus dem Vergabeverfahren auszuschließen.
2. Dem Bieter ist es verwehrt, nachträglich einen anderen Nachunternehmer zu benennen oder die

Leistungen in den eigenen Betrieb zu übernehmen, da dies nur das Ergebnis unzulässigen Nachverhandelns sein kann.

### HINWEIS

Die Rechtsprechung zu Nachunternehmererklärungen ist uneinheitlich. So erachtet etwa das OLG Bremen ein Nachreichen von Nachunternehmererklärungen für zulässig. Die Mehrzahl der Oberlandesgerichte lehnt dies allerdings ab und befürwortet einen Ausschluss des Bieters, der eine geforderte Nachunternehmererklärung nicht oder nicht vollständig abgibt.

### Berücksichtigung von Informationen aus anderen Vergabeverfahren

OLG Frankfurt, B. v. 30.03.2004 – 11 Verg 4/04

### LEITSATZ

- (...)
4. Um Prognosefehler zu vermeiden ist der öffentliche Auftraggeber gehalten, seine Entschei-

derung auf einer möglichst breiten Tatsachengrundlage zu treffen. Deshalb ist es für ihn geboten, auch die ihm bekannt gewordenen Informationen aus zeitnahen vorangegangenen Ausschreibungen zu verwerten, wenn diese Tatsachen offenbaren, die für die Eignungsprüfung des Bieters von Bedeutung sind. Dass es sich nicht um eigene Vergabeverfahren handelt, spielt dabei keine Rolle.

## Rügefrist und Gewichtung der Zuschlagskriterien

OLG Dresden, B. v. 06.04.2004 – Wverg 0001/04

### LEITSATZ

1. Für die Rügefrist ist als Richtwert eine Obergrenze von einer Woche anzusetzen. (...)
3. Die Gewichtung der Zuschlagskriterien ist den Bietern nicht vorab bekannt zu geben.

## DRES. THEIBEN & STOLLHOFF

### INTERN

#### NEUE VERÖFFENTLICHUNGEN DER KANZLEI



**Das Vertragsrecht für Auftraggeber**  
Vertragsregelungen für gewerbliche und öffentliche Aufträge  
Dr. Rolf Theißen, Dr. Frank Stollhoff,  
356 Seiten, ISBN 3-8073-2030-X,  
Verlagsgruppe Jehle Rehm,  
€ 37,80



**Die vorsorgliche Beweissicherung im Bauwesen**  
Mit Register-CD-ROM  
Schadenfreies Bauen, Band 31,  
Georg Philipps, Dr. Frank Stollhoff,  
Jürgen Wieck,  
211 Seiten, ISBN 3-8167-6306-5,  
Fraunhofer IRB Verlag,  
€ 49,00



**PC-Formulare VOB/B**  
Musterbriefe für Auftraggeber  
Dr. Rolf Theißen, Susanne Faisst,  
Anwendersoftware mit Booklet,  
ISBN 3-8073-1688-4,  
Verlagsgruppe Jehle Rehm,  
Einzelplatzversion € 98,00

Auf einen Blick

Nachtrags-Kompass

