

# Newsletter

der Rechtsanwälte Dres. Theißen & Stollhoff

Baurecht, Immobilienrecht, Ingenieurrecht, Vergaberecht

## AKTUELLES AUS DER RECHTSPRECHUNG

### Baurecht

#### Verjährungsunterbrechung I

BGH, U.v. 13.01.05 - VII ZR 15/04

##### LEITSATZ

Wird der Lauf einer nach § 13 Nr. 4 Abs. 1 VOB/B vereinbarten, gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 2 VOB/B verlängerten Verjährungsfrist nach gesetzlichen Bestimmungen unterbrochen, so wird nach dem Ende der Unterbrechung die vereinbarte Frist erneut in Gang gesetzt (Bestätigung von BGH, Urteil vom 9. Oktober 1986 - VII ZR 184/85, BauR 1987, 84 = ZfBR 1987, 37).

#### Verjährungsunterbrechung II

OLG Koblenz, U.v. 24.11.04 - 1 U 532/04

##### LEITSATZ

Der Beginn des Laufs der (neuen) Verjährungsfrist mit Zugang des schriftlichen Verlangens findet nur dann statt, wenn diese schriftliche Anzeige innerhalb der nach VOB/B festgelegten Verjährungsfristen, hier für das Bauwerk zwei Jahre, vorgenommen wird. Eine spätere Mängelanzeige führt, auch wenn diese innerhalb der vertraglich festgelegten Verjährungsfrist vorgenommen wird, nicht mehr zu einer derartigen Unterbrechung und dem Beginn des Laufs einer neuen Verjährungsfrist.

### INHALT

|  |    |
|--|----|
| <b>Aktuelles aus der Rechtsprechung</b>                  | 1  |
| <b>Nachrichten aus der Bau- und Immobilienwirtschaft</b> |    |
| ➤ Neue EU-Dienstleistungsrichtlinie                      | 2  |
| ➤ Neubaupreise sinken                                    | 3  |
| ➤ Bauzinsen auf neuem Allzeittief                        | 5  |
| ➤ Tariftreue-Erklärungen                                 | 7  |
| ➤ Neue Kündigungsfristen bei Altmietverträgen            | 10 |
| <b>Dres. Theißen &amp; Stollhoff – Intern</b>            | 11 |
| <b>Auf einen Blick</b>                                   |    |
| <b>Mängelhaftung nach Abnahme</b>                        | 12 |

## Editorial

Unser aktueller Newsletter, Ausgabe 2-2005, enthält wichtige neue Gerichtsentscheidungen zum Bau- und Vergaberecht.

Für das Gewährleistungsmanagement von Auftraggebern im Baubereich wichtig ist insbesondere die – wohl unrichtige – Entscheidung des OLG Koblenz vom 24.11.2004. Für öffentliche Auftraggeber wichtig sind die – gleichfalls zu kritisierende – Entscheidung des OVG Rheinland-Pfalz sowie die neuesten Entwicklungen zur In-house-Vergabe und zur De-facto-Vergabe. In unserer Rubrik „Auf einen Blick“ finden Sie schließlich eine Übersicht über das Anspruchssystem der Haftung des Auftragnehmers gemäß § 13 VOB/B.

Dres. Theißen & Stollhoff

### Impressum

Herausgeber:  
Dres. Theißen & Stollhoff  
Rechtsanwälte und Notar  
Cuxhavener Straße 14  
10555 Berlin  
Telefon (030) 399776-0  
Telefax (030) 399776-22

## HINWEIS

Nach § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 1 VOB/B ist der Auftragnehmer zur Mängelbeseitigung verpflichtet, wenn es der Auftraggeber vor Ablauf der Verjährungsfrist schriftlich verlangt. Mit der Mängelanzeige wird zugleich die Verjährungsfrist unterbrochen. Das gilt nach der Rechtsprechung des BGH auch dann, wenn die Parteien eine längere als die in § 13 Nr. 4 Abs. 1 VOB/B a.F. vorgesehenen Fristen vereinbart haben.

Hiervon ist das OLG Koblenz in der vorliegenden Entscheidung überraschend abgewichen. Nach Ansicht des OLG Koblenz unterbricht eine Mängelanzeige nicht die Verjährung, die nach Ablauf der Regelfristen in § 13 Nr. 4 Abs. 1 VOB/B a.F. – hier für Bauwerke zwei Jahre – vorgenommen wird. Zur Begründung führt das OLG Koblenz an, dass Sinn und Zweck des § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B a.F. nicht sei, dem Auftraggeber Mängelrechte über den gesetzlich vorgesehenen Zeitraum von fünf Jahren hinaus zu erhalten. Diese Überlegung überzeugt schon deshalb nicht, weil die derzeit geltende VOB/B 2002 dem Auftraggeber auch ohne eine anderweitige Verjährungsvereinbarung eine über die gesetzlichen Fristen hinausgehende Prolongierung der Verjährung ermöglicht (vier plus zwei Jahre). Es bleibt zu hoffen, dass die vorliegende Entscheidung des OLG Koblenz, die die Rechtsprechung des BGH und anderer Oberlandesgerichte zur Verjährungsunterbre-

chung in VOB/B-Verträgen rigoros ignoriert, einen einmaligen Lapsus darstellt.

---

### Gewährleistungsbürgschaft a.e.A. I

BGH, U.v. 09.12. 04 - VII ZR 265/03

#### LEITSATZ

Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Bauvertrages, die vorsieht, dass ein Sicherheitseinbehalt von 5% der Bausumme nur durch eine Bürgschaft auf erstes Anfordern abgelöst werden kann, kann nicht in der Weise aufrecht erhalten werden, dass der Auftragnehmer berechtigt ist, den Sicherheitseinbehalt durch eine selbstschuldnerische, unbefristete Bürgschaft abzulösen.

---

### Gewährleistungsbürgschaft a.e.A. II

BGH, U.v. 14.04.05 - VII ZR 56/04

#### LEITSATZ

Eine vom Besteller gegenüber dem Bauunternehmer verwendete Klausel, nach der ein Bareinbehalt von 5 % der Schlussrechnungssumme auf die Dauer der Gewährleistungsfrist einbehalten wird, der allein durch Bürgschaft auf erstes Anfordern abgelöst werden kann, ist unwirksam. Eine ergän-

## NEUE EU-DIENSTLEISTUNGSRICHTLINIE (SOG. BOLKESTEIN-RICHTLINIE)

Eine bereits im letzten Jahr von der EU-Kommission vorgeschlagene Dienstleistungsrichtlinie (Ratsdok.Nr.5161/05) soll die Liberalisierung von Dienstleistungen im EU-Binnenmarkt vorantreiben. Der viel diskutierte Vorschlag des ehemaligen EU-Binnenmarkt-Kommissars Frits Bolkestein sieht die Beseitigung staatlicher Vorschriften für Dienstleistungsunternehmen in dem Land, in dem die Dienstleistung angeboten wird, vor. Statt dessen sollen sie in Zukunft – was allerdings noch sehr umstritten ist – nur noch den staatlichen Bestimmungen ihres Herkunftslandes unterliegen (Herkunftslandprinzip). In diesem Zusammenhang sollen "Wettbewerbshindernisse" wie z.B. die Gemeinnützigkeit beseitigt werden. Somit werden die Strukturen der öffentlichen Daseinsvorsorge, die Sozialunternehmen wie Caritas, AWO, Diakonie und kleine gemeinnützige Vereine als Firmen - wie profitorientierte Unternehmen - behandelt. Im Zuge von Ausschreibungen staatlicher Stellen für Dienstleistungen muss dann auch die EU-Beschaffungsrichtlinie beachtet werden, die allen Mitbewerbern aus allen EU Mitgliedstaaten den Zugang zum Markt eröffnet. Mit einer ersten Lesung im Europäischen Parlament wird im September 2005 gerechnet.

zende Vertragsauslegung dahin, dass die Ablösung durch eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft erfolgt, kommt bei der gebotenen objektiv-generalisierenden Betrachtungsweise nicht in Betracht.

### HINWEISE ZU I UND II

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH sind formularmäßige Vertragsklauseln des Auftraggebers, die den Unternehmer zur Stellung einer Vertragserfüllungs- bzw. einer Gewährleistungsbürgschaft auf erstes Anfordern verpflichten, unwirksam (vgl. Newsletter 3-2002, S. 1 ff.). Gleichwohl hatte der BGH die unwirksame Verpflichtung eines Bauunternehmers in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers, zur Sicherung von Vertragserfüllungsansprüchen eine Bürgschaft auf erstes Anfordern zu stellen, ergänzend dahingehend ausgelegt, dass der Bauunternehmer jedenfalls eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft schuldet.

### Erneute Fristsetzung nach nicht erfüllter Mängelbeseitigung

OLG Köln, U.v. 09.05.03 - 19 U 170/96  
BGH, B.v. 11.11.04 - VII ZR 162/03

### LEITSATZ

1. Die eine Selbstbeseitigung rechtfertigende Mängelbeseitigungsaufforderung muss das äußere Erscheinungsbild und die Schadensörtlichkeit möglichst genau bezeichnen; allgemeine, pauschale Angaben genügen nicht.
2. Treffen die Parteien eines Bauvertrags nach Mängelbeseitigungsaufforderung mit Fristsetzung eine Vereinbarung über die Nachbesserung, die dann vom Auftragnehmer nicht erfüllt wird, bedarf es einer erneuten Aufforderung mit Fristsetzung, um die Selbstbeseitigungsvoraussetzungen herbeizuführen.

### HINWEIS

Die vorstehende Entscheidung des OLG Köln

### NEUBAUPREISE SINKEN

Die veranschlagten Quadratmeter-Kosten für das Bauwerk bei Einfamilienhäusern sind nach Angaben der Bundesgeschäftsstelle Landesbausparkassen (LBS) von 1995 bis 2003 in Deutschland um 6,5 Prozent gesunken. 2004 haben die Preise gegenüber dem Vorjahr nochmals um 1 Prozent nachgegeben. Besonders in den neuen Bundesländern sanken die Baukosten im Mittel um 15 Prozent. Freistehende Häuser waren in Ostdeutschland 2003 für durchschnittlich 1.081,00 € pro Quadratmeter zu haben; im Westen kosteten sie 1.309,00 €, also 17 Prozent mehr. Weil Bauland in Ostdeutschland günstig ist, entschieden sich 2003 nur noch 6 Prozent aller dortigen Bauherren für ein Reihenhaus. 84 Prozent zogen ein freistehendes Einfamilienhaus vor. Im Westen setzte dagegen rund ein Drittel aller Bauwilligen auf die flächensparenden Bauformen Doppelhaus und Reihenhaus.

Eine dahingehende ergänzende Vertragsauslegung haben in der Folgezeit einige Landes- und Oberlandesgerichte (vgl. Newsletter 1-2004, S. 4) auch bei Sicherungsvereinbarungen über Gewährleistungsbürgschaften auf erstes Anfordern vorgenommen.

Dem ist der BGH in den vorstehenden Entscheidungen entgegengetreten. Nunmehr steht fest, dass bei Gewährleistungsbürgschaften eine ergänzende Vertragsauslegung (auch für vor dem Bekanntwerden der Entscheidung vom 05.06.1997 geschlossene Verträge) nicht möglich ist.

verdeutlicht, dass der Auftraggeber gut beraten ist, vor der Selbstbeseitigung den Auftragnehmer vorsorglich nochmals zur Mängelbeseitigung mit Fristsetzung aufzufordern. Fehlt es an einer derartigen Aufforderung, besteht unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt ein Anspruch auf Erstattung der hierfür anfallenden Kosten (BGH, NJW 1986, 922). Eine Ausnahme hiervon ist dann anzunehmen, wenn der Auftragnehmer die Mängelbehebung endgültig verweigert.

Daher sind erneute Fristsetzungen stets dann erforderlich, wenn sich an den ausgeführten Mängelbeseitigungsarbeiten erneut Mängel zeigen und

ein endgültiges Fehlschlagen noch nicht vorliegt. Auch nach längerem Ablauf der Mängelbeseitigungsfrist bedarf es vor der Selbstbeseitigung einer neuen Aufforderung mit Fristsetzung. Schließlich ist nach der vorliegenden Entscheidung des OLG Köln eine erneute Fristsetzung auch in den Fällen von Nachbesserungsvereinbarungen erforderlich. Nach Ansicht des OLG Köln wird die zunächst erfolgte Mängelbeseitigungsaufforderung durch die Vereinbarung über die Nachbesserung hinfällig. Es bedarf daher einer neuen Aufforderung mit Fristsetzung.

---

### **Vertragsgrundlage: VOB/B neuester Fassung?**

OLG Köln, B.v. 20.11.03 - 18 U 120/01

#### **LEITSATZ**

1. Zur in Bauverträgen üblichen Formulierung, dass Vertragsbestandteil die VOB/B neuester Fassung sei.
2. Wenn der Auftraggeber die Auskleidung eines Trinkwasserhochbehälters ausdrücklich mit dem Material "Vandex" ausgeschrieben hat, der Unternehmer aber, ohne den Auftraggeber zu fragen, das Material "Sakret" verwendet, kann der Auftraggeber die Leistung als auftraglos gemäß § 2 Nr. 8 VOB/B zurückweisen und deren Beseitigung verlangen.

---

### **Rückgabe einer Vorauszahlungsbürgschaft**

OLG Karlsruhe, U.v. 05.05.04 - 19 U 185/02  
BGH, B.v. 24.02.05 - VII ZR 275/04

#### **LEITSATZ**

1. Mangels abweichender Vereinbarung sichert eine Vorauszahlungsbürgschaft den Auftraggeber für den Fall ab, dass die vom Auftragnehmer erbrachten Leistungen wertmäßig hinter dem Betrag der Vorauszahlung zurückbleiben.
2. Der Beweis für das Erlöschen der Bürgschaft bzw. die Beendigung der Bürgschaftsverpflichtung obliegt dem Bürgen.

### **Verjährungsbeginn bei inhaltsgleicher Abschlags- und Schlussrechnung**

OLG Dresden, B.v. 23.12.04 - 13 U 1763/04

#### **LEITSATZ**

1. Eine VOB/B- Werklohnforderung kann auch ohne Stellung einer Schlussrechnung verjähren.
2. Eine (vor Kündigung gestellte) Abschlagsrechnung kann in eine Schlussrechnung umgedeutet werden, wenn die Schlussrechnung die Abschlagsrechnung lediglich wiederholt und keine neuen Leistungspositionen ausweist. Dass die Abschlagsrechnung entgegen der Schlussrechnung den Sicherheitseinbehalt ausweist, ändert hieran nichts.

---

### **Skontoabzug bei Teilzahlung?**

KG, U.v. 12.12.03 - 4 U 263/01

#### **LEITSATZ**

1. Ein Skontoabzug kommt nur bei vollständiger Zahlung in Betracht.
2. Auch wenn die Teilzahlung nur unerheblich hinter dem Rechnungsbetrag bleibt, berechtigt dies nicht zum Skontoabzug.

---

## **Architektenrecht**

### **Sicherheit gem. § 648a BGB für Architekten?**

OLG Düsseldorf, U.v. 05.10.04 - 21 U 26/04

#### **LEITSATZ**

1. Der Unternehmerbegriff in § 648a BGB entspricht nicht dem des § 648 BGB. Er setzt nicht voraus, dass die nach dem Verträge zu erbringende Bauwerksleistung mit einer Werterhöhung des Grundstücks einhergeht, sondern betrifft auch solche unternehmerischen Tätigkeiten, die als nicht wegzudenkender Teil der Gesamtleistung der Herstellung des Bauwerks dienen, ohne sich in diesem unmittelbar verkörpern zu müssen.
2. Auch der lediglich planende Architekt kann deshalb Sicherheit gemäß § 648a BGB verlangen, ohne dass seine Planungsleistungen in einem konkreten Bauerfolg oder sonst in einer Werterhöhung des Bauwerks Niederschlag gefunden

## **BAUZINSEN AUF NEUEM ALLZEITTIEF**

Die Bauzinsen haben ein neues Allzeittief erreicht und Immobiliendarlehen nochmals verbilligt. So liegen die Zinsen für fünfjährige Laufzeiten bereits nahe der 3%-Grenze. Durch das Zinstief kostet eine Monatsrate für einen Baukredit heute oft nicht mehr als die monatliche Miete. Mit 1.000,00 € lässt sich derzeit ein Darlehen (zehnjährige Zinsbindung) über 195.000 € aufnehmen, mit 2,5% tilgen und so innerhalb von 25 Jahren zurück zahlen.

haben müssen. Sie ist ihm mithin selbst dann zu gewähren, wenn der Besteller mit der Bauausführung noch nicht begonnen hat.

3. Stellt der Besteller die Sicherheit nicht innerhalb der gesetzten Frist bereit, darf der Unternehmer/Architekt die Arbeiten ankündigungsgemäß einstellen und der Vertrag gilt gemäß §§ 648a Abs. 5 Satz 1, 643 Satz 2 BGB als gekündigt.

4. Als weitere Rechtsfolge der nicht fristgerechten Bereitstellung der verlangten Sicherheit kann der Unternehmer/Architekt gemäß §§ 648a Abs. 5 Satz 1, 645 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 643 Satz 2 BGB die vertraglich vereinbarte Vergütung für die tatsächlich von ihm erbrachten (Planungs-) Leistungen beanspruchen.

5. Der Auftraggeber verliert nach den Grundsätzen von Treu und Glauben den durch die Ausgestaltung der Prüffähigkeit als Fälligkeitsvoraussetzung eingeräumten Schutz, wenn er seine Einwendungen gegen die Prüfbarkeit nicht in einer Frist von zwei Monaten nach Zugang der Rechnung erhebt.

---

### **HOAI-Honorar für nicht erbrachte Grundleistungen?**

BGH, U.v. 11.11.04 - VII ZR 128/03

#### **LEITSATZ**

1. Der Architekt schuldet dem Besteller eine zutreffende Beratung über die voraussichtlichen Baukosten. Sind Kostenschätzungen zu besonde-

ren Zwecken, wie zur Unterstützung von Kreditanträgen oder Förderanträgen, unzutreffend, so hat der Architekt im Rahmen der Beratungspflicht darauf hinzuweisen, dass diese Kostenschätzungen keine Grundlage für die Investitionsentscheidung sein können.

2. Verfolgt der Architekt mit der Berufung nicht mehr seine Abschlags-, sondern eine Teilschlussforderung, so ist das gemäß § 264 Nr. 3 ZPO nicht als eine Änderung der Klage anzusehen (insoweit Aufgabe von BGH, U.v. 5. November 1998 - VII ZR 191/97, IBR 1999, 90).

3. Haben die Parteien vereinbart, dass der Architekt Leistungen nach § 15 Abs. 2 HOAI, Leistungsphasen 1 bis 9, zu erbringen hat, so sind die Kostenermittlungen als Teilerfolge geschuldet, die grundsätzlich in den Leistungsphasen erbracht werden müssen, denen sie in der HOAI zugeordnet sind.

4. Nach Fertigstellung des Bauvorhabens hat der Besteller regelmäßig kein Interesse mehr an einer Kostenschätzung, einer Kostenberechnung und an einem Kostenanschlag, so dass eine Minderung der Vergütung nicht davon abhängt, dass er dem Architekt eine Frist zur Erstellung der Kostenermittlungen gesetzt und die Ablehnung angedroht hat.

#### **HINWEIS**

Mit der vorliegenden Entscheidung festigt der BGH seine bisherige Rechtsprechung. Der vom Architekten geschuldete Gesamterfolg ist nach der Auffassung des BGH im Regelfall nicht darauf beschränkt, dass er die Aufgaben wahrnimmt, die für die mangelfreie Errichtung des Bauwerks erforderlich sind. Vielmehr können auch Teilerfolge vereinbart sein. Dabei sind die durch den Vertrag begründeten Interessen des Bestellers an den Arbeitsschritten zu berücksichtigen. Vereinbaren die Parteien wie im zu entscheidenden Fall, dass der Architekt die in § 15 Abs. 2 HOAI genannten Kostenermittlungen schuldet, so sind diese als Teilerfolge geschuldet. Sie müssen dann grundsätzlich in den Leistungsphasen erbracht werden, denen sie in der HOAI zugeordnet sind. Andernfalls würden sie ihren Zweck regelmäßig nicht mehr erfüllen können und eine vom Planungsstand abhängige Information über die voraussichtlichen Kosten des Bauwerks nicht ge-

---

währleisten. Nach der Fertigstellung des Bauvorhabens hat der Besteller regelmäßig kein Interesse mehr an einer Kostenschätzung, einer Kostenberechnung und an einem Kostenanschlag. In diesem Fall kommt – so der BGH klarstellend – eine Minderung der Vergütung auch ohne eine Frist zur nachträglichen Erstellung der Kostenermittlungen in Betracht.

---

### **Honoraranpassung bei Bauzeitverlängerung**

BGH, U.v. 30.09.04 - VII ZR 456/01

#### **LEITSATZ**

1. Die Bauzeit ist von den Vertragsparteien bereits bei Vertragsabschluss in die Preiskalkulation bzw. Honorarfindung einzubeziehen.
2. Die Honoraranpassung bei Überschreitung durchschnittlicher, realistisch bemessener oder unvorhersehbarer Ausführungsdauer kann nach dem nachgewiesenen Mehraufwand des Architekten berechnet werden.

#### **HINWEIS**

In der Praxis kommt es häufig zu Bauzeitverlängerungen. Der dem bauüberwachenden Architekten hierdurch entstehende Mehraufwand wird nicht immer durch das zu erzielende Honorar abgedeckt. Der BGH weist in der vorliegenden Entscheidung auf die Möglichkeit der Parteien hin, bereits bei Vertragsabschluss die Vergütungsfolgen im Falle von Verlängerungen festzulegen. Bei ungewöhnlich lange dauernden Leistungen kann der Höchstsatz hierbei unter den Voraussetzungen des § 4 Abs. 3 HOAI überschritten werden. Treffen die Parteien bei Vertragsabschluss dagegen keine entsprechende Honorarerhöhungsklausel, kann dem Architekten gleichwohl ein Preisanpassungsanspruch zustehen, der sich aus den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ergibt.

---

### **Kein Honoraranspruch bei unbrauchbarer Planung**

OLG Saarbrücken, U.v. 05.10.04 - 4 U 710/03

#### **LEITSATZ**

1. Dem Architekten steht ein Architektenhonorar für die Leistungsphasen 3 und 4 nicht zu, wenn er eine nicht genehmigungsfähige Planung erstellt. Das Gleiche gilt, wenn er einen unvollständigen Bauantrag einreicht und die für die Genehmigungsfähigkeit erforderlichen weiteren Planungsunterlagen (z.B. Brandschutz, Rettungswege) nicht vorlegt.
2. Etwas anderes gilt nur, wenn die vollständige Erbringung der geschuldeten Werkleistung ausschließlich an fehlenden Mitwirkungshandlungen des Bauherrn scheitert. Ansonsten ist die fehlende Mitwirkung des Bauherrn unerheblich, sofern der Architekt selbst nicht alle planerischen Leistungen für die Genehmigungsfähigkeit der Planung erbringt.

---

### **Vertragsaufhebung wegen Unmöglichkeit**

BGH, U.v. 16.12.04 – VII ZR 16/ 03

#### **LEITSATZ**

Schließen die Parteien eines Werkvertrages einen Aufhebungsvertrag, nachdem die Werkleistung unmöglich geworden ist, bestimmt sich die Vergütung des Unternehmers nicht nach § 649 BGB. Beruht die Unmöglichkeit auf einem vom Besteller gelieferten Stoff, richtet sich die Vergütung nach § 645 BGB.

#### **HINWEIS**

Der BGH korrigiert mit seinem Urteil Entscheidungen der Vorinstanzen, die die Vergütung des Architekten für nicht erbrachte Leistungen nach § 649 Satz 2 BGB zugesprochen hatten. Die Vorinstanzen vertraten die Auffassung, dass auch bei nicht erbrachten Leistungen ein Anspruch auf das volle Honorar besteht, wenn der Architekt den Grund für die Vertragsaufhebung nicht zu vertreten hat. Entgegen dieser Auffassung geht der BGH davon aus, dass die Architekten lediglich einen Anspruch auf Vergütung für die erbrachten Leistungen gemäß § 645 BGB haben. Beruht die

---

Undurchführbarkeit des geschuldeten Werkes – wie im zu entscheidenden Fall - auf einem Mangel des vom Besteller gelieferten Stoffes, wird er nicht von seiner Zahlungspflicht frei. Sachgerecht ist es daher, dass der Besteller auch für die bereits erbrachten Leistungen der Architekten gemäß § 645 BGB haftet. Eine darüber hinausgehende Vergütung für nicht erbrachte Leistungen setzt nach § 645 Absatz 2 BGB aber ein – hier nicht gegebenes – Verschulden des Bestellers voraus.

## Vergaberecht

### Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte?

OVG Rheinland-Pfalz, B.v. 25.05.05 - 7 B 10356/05

#### LEITSATZ

§ 17a GVG ist im verwaltungsgerichtlichen Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes entsprechend anwendbar (Änderung der bisherigen Rechtsprechung im Beschluss vom 01. September 1992 - 7 E 11459/92.OVG -, DVBl. 1993, 260). Für die gerichtliche Überprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge, auf die gemäß § 100 GWB die §§ 97 ff GWB nicht anwendbar sind, ist der Verwaltungsrechtsweg im Sinne des § 40 Abs. 1 VwGO gegeben.

#### HINWEIS

Die Entscheidung des OVG Rheinland-Pfalz erschüttert das Vergaberechtsschutzsystem in Deutschland. Für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte soll nach diesem Beschluss der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet sein. Dieser Auffassung ist *nicht* zu folgen. Das OVG geht fälschlich von einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit bei der Vergabe staatlicher Aufträge aus. Dieser Ansatz ist bereits deshalb unzutreffend, da die staatliche Auftragsvergabe durch den Abschluss privatrechtlicher Verträge erfolgt. Zudem wurde nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers ein eigenständiger Rechtsweg für die Überprüfung vergaberechtlicher Entscheidungen allein für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte eingerichtet. Der Gesetzgeber hat sich ausdrücklich auf den europarechtlich vorgeschriebenen Bereich beschränkt. Ein sog. Primärrechtsschutz ist nach dem Willen des Gesetzgebers für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte nicht vorgesehen.

Sollte diese Entscheidung des OVG Rheinland-Pfalz Nachfolger finden, wird die Funktionsfähigkeit des öffentlichen Beschaffungswesens ernsthaft gefährdet sein. Wenn selbst Beschaffungsvorgänge kleineren Umfangs mit einstweiligen Rechtsschutzmaßnahmen vor den Verwaltungsgerichten belegt werden können, dürfte das

#### TARIFTREUE-ERKLÄRUNGEN

Das Bundesverfassungsgericht hat angekündigt, noch im Jahr 2005 über die Vorlage des Bundesgerichtshofs zum Berliner Vergabegesetz zu entscheiden. Es geht konkret um die Frage, ob die Abforderung von Tariftreue-Erklärungen, wie sie das Berliner Vergabegesetz vorsieht, mit dem Grundgesetz vereinbar ist.

Die weitergehende Frage, ob derartige Tariftreue-Gesetze mit EU-Recht vereinbar sind, prüft derzeit die Europäische Kommission. Nach Auffassung der Europäischen Kommission könnten die Tariftreuebestimmungen gegen den Grundsatz der Dienstleistungsfreiheit gemäß Artikel 49 des EG-Vertrages verstoßen. Die Tariftreueverpflichtungen könnten möglicherweise von Bietern aus anderen Mitgliedstaaten nicht oder nur mit größeren Schwierigkeiten erfüllt werden. Sollten die Tariftreueverpflichtungen unmittelbar oder mittelbar zu Diskriminierungen führen, dann könnte europäisches Gemeinschaftsrecht bei der Vergabe von Aufträgen unter Bezugnahme auf die angesprochenen landesgesetzlichen Tariftreuebestimmungen verletzt sein. Die Kommission hat daher die Bundesregierung gemäß Artikel 226 EG-Vertrag aufgefordert, sich binnen zwei Monaten zum Standpunkt der Kommission zu äußern. Sie forderte die Bundesregierung außerdem auf, alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um zu verhindern, dass im Laufe dieses Verfahrens weitere Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht eintreten.

Beschaffungssystem künftig nicht mehr funktionieren.

### **In-house-Vergaben**

EuGH, U.v. 11.01.05 - Rs. C-26/03

#### **LEITSATZ**

1. (...)
2. Beabsichtigt ein öffentlicher Auftraggeber, mit einer Gesellschaft, die sich rechtlich von ihm unterscheidet und an deren Kapital er mit einem oder mehreren privaten Unternehmen beteiligt ist, einen entgeltlichen Vertrag über Dienstleistungen zu schließen, die in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 in der Fassung der Richtlinie 97/52 fallen, so sind die in dieser Richtlinie vorgesehenen Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge stets anzuwenden.

#### **HINWEIS**

Der EuGH hat mit dieser Entscheidung klargestellt, dass bereits die geringste Beteiligung eines privaten Dritten am Kapital einer (Tochter-) Gesellschaft der öffentlichen Hand einem vergaberechtsfreien In-house-Geschäft entgegensteht. Damit hat der EuGH seine sog. „Teckal“-Entscheidung konkretisiert. Vergabefreie In-house-Geschäfte sind daher nur noch möglich, wenn die Gesellschaft zu 100 % in öffentlichem Eigentum steht. Aus vergaberechtlicher Sicht ist daher die Aufnahme privater Investoren in kommunale Gesellschaften nicht mehr sinnvoll.

### **De-facto-Vergaben**

BGH, B.v. 01.02.05 – X ZB 27/04

#### **LEITSATZ**

§ 97 Abs. 7 GWB begründet ein subjektives Recht auf Einleitung und Durchführung eines nach Maßgabe des § 97 Abs. 1 GWB geregelten Vergabeverfahrens.

Die Verletzung dieses subjektiven Rechts unterliegt der durch § 102 GWB eröffneten Nachprüfung.

Ein Vertrag zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmer hat Dienstleis-

tungen zum Gegenstand, wenn der öffentliche Auftraggeber hiermit eine Leistung beschaffen will, die nicht unter § 99 Abs. 2 oder 3 GWB fällt, und das Unternehmen jedenfalls unter anderem diese Leistung zu erbringen hat.

Verpflichtet sich der öffentliche Auftraggeber seinerseits zu einer geldwerten Leistung, handelt es sich um einen entgeltlichen Vertrag, wenn Leistung und Gegenleistung von einander nicht trennbare Teile eines einheitlichen Leistungsaustauschgeschäfts sind.

§ 13 VgV ist entsprechend anzuwenden, wenn es im Anwendungsbereich der §§ 97 bis 99, 100 Abs.1 GWB bei der Beschaffung von Dienstleistungen zur Beteiligung mehrerer Unternehmen gekommen ist, die Angebote abgegeben haben, und der öffentliche Auftraggeber eine Auswahl unter diesen Unternehmen trifft.

### **Wertung von Nebenangeboten I**

VK Nordbayern, B.v. 22.12.04 – 320.VK-3194-49/04

#### **LEITSATZ**

Nebenangebote dürfen nur dann gewertet werden, wenn in den Verdingungsunterlagen deren Mindestbedingungen festgelegt sind. Dies gilt auch dann, wenn das Nebenangebot keine technischen, sondern nur kaufmännische Abweichungen von der Ausschreibung enthält. Auch das Nebenangebot selbst muss schon bei seiner Abgabe eindeutig und erschöpfend beschrieben sein.

### **Wertung von Nebenangeboten II**

OLG Schleswig, B.v. 05.04.05 - 6 Verg 1/05

#### **LEITSATZ**

1. – 2. (...)
3. Ein öffentlicher Auftraggeber hat nach Art. 19 Abs. 2 Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG in den Ausschreibungsunterlagen die Mindestanforderungen zu erläutern, die zugelassene Änderungsvorschläge erfüllen müssen. Ein ganz allgemein gehaltener Hinweis auf nationale Rechtsvorschriften, die eine - gegenüber der ausgeschriebenen Leistung - qualitativ gleichwertige Leistung fordern, genügt nicht.



4. Soweit für die Gewinnung, Aufbereitung und Wiederverwertung von (pechhaltigen) Ausbaustoffen abfall-, immissionsschutz-, bodenschutz- oder arbeitsschutzrechtliche gesetzliche Bestimmungen bzw. Rechtsverordnungen gelten (z.B. gemäß § 5 Abs. 3, 4 KrW-/AbfG, § 5 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG, § 4 BBodSchG), bedarf es deren Angabe (Wiederholung) als "Mindestbedingungen" in den Ausschreibungsunterlagen nicht. Der Auftraggeber ist auch nicht gehalten, die aus allgemein geltenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften abzuleitenden Prozess- oder Produkthanforderungen in der Ausschreibung zu benennen.

5. Für die Rechtmäßigkeit der Wertung eines Nebenangebots kommt es nicht auf die Vorlage von Nachweisen, sondern allein darauf an, ob die Gleichwertigkeit nach den Ausschreibungsunterlagen bieterneutral angenommen werden durfte.

#### HINWEISE ZU I UND II

Die Wertung von Nebenangeboten setzt voraus, dass der Auftraggeber Mindestanforderungen für die Nebenangebote in den Verdingungsunterlagen festlegt (vgl. hierzu auch OLG Rostock, VK Köln, VK Nordbayern in: NEWSLETTER 1-2005, S. 2, 3). Die bundesdeutsche Rechtsprechung hat die Vorgaben des EuGH („Traunfellner-Entscheidung“) – wie aus den vorstehenden Entscheidungen ersichtlich – umgesetzt.

Die Vergabekammer Nordbayern stellt in der vorstehenden Entscheidung zudem klar, dass die Angabe von Mindestbedingungen nicht nur für sog. technische Nebenangebote, sondern auch für *kaufmännische* Nebenangebote vorzunehmen ist.

## Immobilienrecht

### Klage auf rückständige Wohnraummiete im Urkundenprozess zulässig

BGH, U.v. 01.06.05 - VIII ZR 216/04

Der für das Wohnraummietrecht zuständige VIII. Zivilsenat des BGH hat entschieden, dass der Vermieter von Wohnraum rückständige Miete im Urkundenprozess geltend machen kann, auch wenn der Mieter Mängel der Wohnung einwendet. Dies war bislang umstritten. Sofern es dem Mieter nicht gelingt, die Mängel mit den im Ur-

kundenprozess zulässigen Beweismitteln (Urkundenbeweis und Parteivernehmung) zu belegen, ist der Mieter zur Zahlung der rückständigen Miete zu verurteilen. Ob tatsächlich Mängel in der Wohnung vorliegen, die zur Minderung berechtigen, ist dann im Nachverfahren zu entscheiden. Durch die Möglichkeit eines Urkundenprozesses kann die oft jahrelange Verfahrensdauer bei Mietstreitigkeiten künftig deutlich abgekürzt werden. Der Vermieter erhält hierdurch in kurzer Zeit einen vollstreckbaren Zahlungstitel.

### Bemessungsgrundlage der Mietminderung

BGH, U.v. 06.04.05 - XII ZR 225/03

#### LEITSATZ

Bemessungsgrundlage der Minderung nach § 536 BGB ist die Bruttomiete (Mietzins einschließlich aller Nebenkosten). Dabei ist unerheblich, ob die Nebenkosten als Pauschale oder Vorauszahlung geschuldet werden.

#### HINWEIS

Der BGH hat mit diesem Urteil klargestellt, dass Berechnungsmaßstab für eine Mietminderung nicht die Nettomiete (Miete ohne Neben- und Heizkosten) oder die Bruttokaltmiete (Miete mit allen Nebenkosten ohne Heizkosten) ist, sondern die Bruttomiete (Miete mit sämtlichen Betriebs- und Nebenkosten).

Dieses vermietungünstige Urteil wird im Ergebnis wohl zu höheren Mietminderungsbeträgen führen. Künftig wird bei Mängeln sowohl der Gewerbe- als auch der Wohnungsmieter die Mietminderung von der Bruttomiete ausgehend berechnen.

### Folgen nicht fristgerechter Betriebskostenabrechnung

BGH, U.v. 09.03.05 - VIII ZR 57/04

#### LEITSATZ

Rechnet der Vermieter nicht fristgerecht über die Betriebskosten eines Abrechnungszeitraumes ab, so kann der Mieter, wenn das Mietverhältnis beendet ist, sogleich die vollständige Rückzahlung

der geleisteten Abschlagszahlungen verlangen; er ist nicht gehalten, zuerst auf Erteilung der Abrechnung zu klagen. In einem solchen Fall hindert auch die Rechtskraft eines der Klage des Mieters stattgebenden Urteils den Vermieter nicht daran, über die Betriebskosten nachträglich abzurechnen und eine etwaige Restforderung einzuklagen.

#### HINWEIS

Nach der vorliegenden Entscheidung kann der Mieter die Rückzahlung der gesamten Betriebskostenvorauszahlungen für den fraglichen Abrechnungszeitraum fordern, wenn der Vermieter nicht spätestens 12 Monate nach Ende der Abrechnungsperiode über die Betriebskosten abgerechnet hat. Dies gilt allerdings nur bei zwischenzeitlich beendeten Mietverhältnissen. Der Mieter muss nicht zunächst auf Erteilung einer Abrechnung klagen.

Diese mieterfreundliche Entscheidung dürfte aufgrund der vergleichbaren Rechtslage wohl auch

#### NEUE KÜNDIGUNGSFRISTEN BEI ALTMIEVERTRÄGEN

Seit der Mietrechtsreform im Jahre 2001 beträgt die Frist für die Kündigung einer Wohnung durch den Mieter drei Monate. Davon ausgenommen waren so genannte Altmietverträge, die vor dem 01.09.2001 geschlossen wurden und in denen die bis September 2001 geltenden Kündigungsfristen ausformuliert waren. Nach der nunmehr zum 01.06.2005 in Kraft getretenen Neuregelung gilt die kurze, dreimonatige Kündigungsfrist durch den Mieter nun auch für diese Altmietverträge. Die Kündigungsmöglichkeiten dieser Mieter werden hierdurch erheblich verbessert. An den Kündigungsfristen der Vermieter ändert diese Neuregelung nichts.

auf Gewerberaummietverträge übertragbar sein. Der Vermieter kann laut Bundesgerichtshof den Verlust der vollständigen Vorauszahlungsbeträge letztlich nur dadurch abwenden, dass er abrechnet und darlegt, dass ihm Betriebskosten in bestimm-

ter Höhe tatsächlich entstanden sind. Hier ist auch eine nachträgliche Abrechnung möglich.

---

#### Schallschutz bei nachträglichem Dachgeschossausbau

BGH, U.v. 06.10.04 - VIII ZR 355/03

#### LEITSATZ

1. Für die Beurteilung der Frage, ob eine Mietwohnung Mängel aufweist, ist in erster Linie die von den Mietvertragsparteien vereinbarte Beschaffenheit der Wohnung, nicht die Einhaltung bestimmter technischer Normen maßgebend.
2. Fehlt es an einer Beschaffenheitsvereinbarung, so ist die Einhaltung der maßgeblichen technischen Normen geschuldet. Dabei ist nach der Verkehrsanschauung grundsätzlich der bei Errichtung des Gebäudes geltende Maßstab anzulegen.
3. Nimmt der Vermieter bauliche Veränderungen vor, die zu Lärmimmissionen führen können, so kann der Mieter erwarten, dass Lärmschutzmaßnahmen getroffen werden, die den Anforderungen der zur Zeit des Umbaus geltenden DIN-Normen genügen.

#### HINWEIS

Sowohl für Immobilienunternehmen als auch für Bauträger stellt sich die Frage, ob bei nachträglichen Umbauten oder Altbausanierungen die Einhaltung der aktuellen anerkannten Regeln der Technik als Mindeststandard geschuldet sind oder nicht. Nach § 536 Abs. 1 BGB kann der Mieter Minderung der Miete beanspruchen, soweit ein Mangel der Mietwohnung vorliegt, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt. Das ist der Fall, wenn die tatsächliche Beschaffenheit der Mietwohnung von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit abweicht. Wurde keine bestimmte Beschaffenheit vereinbart, müssen mindestens die maßgeblichen technischen Normen eingehalten werden. Zwar gelten nach der Verkehrsanschauung grundsätzlich die im Zeitpunkt der Errichtung geltenden Maßstäbe. Werden dagegen erhebliche bauliche Veränderungen vorgenommen, wie hier die Aufstockung eines Wohnhauses um ein weiteres Stockwerk, müssen Lärmschutzmaßnahmen getroffen

**DRES. THEIBEN & STOLLHOFF****INTERN****➤ Fachanwaltsausschuss für Baurecht und Architektenrecht:**

Rechtsanwalt und Notar **Dr. Rolf Theißen** ist zum Mitglied des **Fachanwaltsausschusses für Baurecht und Architektenrecht** bestellt worden. Das fünfköpfige Gremium besteht aus renommierten Baurechtsanwälten. Aufgabe des Fachanwaltsausschusses ist es u.a., Anträge von Rechtsanwälten auf Verleihung der Fachanwaltsbezeichnung („Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht“) zu prüfen.

**➤ Kommunalrechtliches Forum Brandenburg 2005**

Die Kanzlei **Dres. Theißen & Stollhoff** hat gemeinsam mit ihrer Münchener Partner-Kanzlei Dr. Siebeck & Kollegen sowie der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft LKC das **Kommunalrechtliche Forum Brandenburg** organisiert. Aktuelle Themen des Städtebaurechts und des Vergaberechts waren Gegenstand der Tagung. Zahlreiche kommunale Entscheidungsträger nahmen an der eintägigen Veranstaltung teil. Aufgrund des guten Zuspruchs ist geplant, im kommenden Jahr eine Folgeveranstaltung stattfinden zu lassen.

**➤ Personalia**

Die Kanzlei Dres. Theißen & Stollhoff begrüßt zwei neue Rechtsanwälte in ihren Reihen: Frau Rechtsanwältin Anne Schnapp verstärkt die Kanzlei im Bau- und Gewerbemietrecht. Herr Rechtsanwalt Sebastian Conrad wird schwerpunktmäßig im Vergaberecht tätig sein. Beide Neuzugänge sind hervorragend qualifizierte Juristen mit ausgewiesenen Vorkenntnissen. So war etwa der Kollege Conrad zuvor u.a. bei der Generalanwaltschaft des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) tätig.

werden, die den Anforderungen der zur Zeit des Umbaus geltenden DIN- Normen als Mindeststandard genügen. Andernfalls stellt die unzureichende Trittschalldämmung einen Mangel der Mietwohnung i.S.d. § 536 Abs. 1 BGB dar. Einen erhöhten Trittschallschutz kann der Mieter allerdings nur dann verlangen, wenn dieser ausdrücklich mit dem Vermieter vereinbart wurde.

sprüche des Mieters wegen vorhandener Mängel nicht ausgeschlossen werden.

**Minderungsausschluss zulässig!**

OLG Düsseldorf, B.v. 31.05.05 - 24 U 12/05

**LEITSATZ**

Im gewerblichen Mietrecht dürfen Minderungsausschluss und Aufrechnungsverbot formularmäßig vereinbart werden, solange Bereicherungsan-

**Fristlose Kündigung durch Mieterauszug**

OLG Frankfurt, U.v. 04.03.05 - 24 U 71/04

**LEITSATZ**

1. Räumt die Mieterin die Mietsache unter gleichzeitiger Einstellung der Mietzahlungen und erfährt der Vermieter dies alsbald, so ist das Verhalten der Mieterin als schlüssige Kündigungserklärung zu bewerten.
2. Parteivereinbarungen über ein Schriftformerfordernis für die Kündigungserklärung sind eng auszulegen.

## Auf einen Blick

### Mängelhaftung des Auftragnehmers nach Abnahme gem. § 13 VOB/B

