

# Newsletter

TSP Theißen Stollhoff & Partner Rechtsanwalts-gesellschaft

Baurecht, Vergaberecht, Immobilienrecht, Architekten-/Ingenieurrecht, Energierecht

## AKTUELLES AUS DER RECHTSPRECHUNG

### Vergaberecht

#### Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte I

OVG Niedersachsen, B.v. 26.07.2006 - 7 OB 65/06

##### LEITSATZ

Streitigkeiten über die Vergabe öffentlicher Aufträge, die die in § 2 VgV festgelegten Schwellenwerte nicht erreichen, sind keine öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten, so dass es bei der allgemeinen Rechtswegzuweisung an die ordentlichen Gerichte verbleibt.

#### Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte II

VG Karlsruhe, B.v. 14.06.2006 - 8 K 1437/06

##### LEITSATZ

1. Für die Überprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge unterhalb der Schwellenwerte ist der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten gegeben.
2. Die öffentliche Hand handelt bei der Vergabe von Aufträgen privatrechtlich; es handelt sich um ein einstufiges Verfahren.

3. Für unterschwellige Vergabeverfahren, die nicht europarechtlicher Vorgabe unterliegen, gewährt auch das sonstige nationale Recht keine subjektiven Rechte, so dass Artikel 19 Abs. 4 GG nicht berührt ist.

#### Inhalt

<b>Aktuelles aus der Rechtsprechung</b>	<b>1</b>
<b>Nachrichten aus der Bau- und Immobilienwirtschaft</b>	
➤ Änderung der Vergabeverordnung beschlossen	2
➤ Neue VOB/A, VOL/A und VOF	3
➤ Neues Korruptionsregister	5
➤ Neufassung der VOB/B 2006	6
➤ Bauindustrie mit Wachstum	7
➤ Neue EG-Gasfernleitungsverordnung	9
<b>TSP Theißen Stollhoff &amp; Partner - Intern</b>	<b>11</b>
<b>Auf einen Blick</b>	
Umsatzsteuererhöhung zum 01.01.2007	12

## Editorial

Der vorliegende Newsletter, Ausgabe 2/2006, der TSP Theißen Stollhoff & Partner Rechtsanwalts-gesellschaft informiert Sie wie gewohnt über aktuelle Entscheidungen zum Vergabe-, Bau- und Immobilienrecht. Im Vergaberecht hervorzuheben sind die jüngsten Entwicklungen der Rechtsprechungen zum Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte. Wichtig sind weiterhin die bekannt gemachten Neufassungen der VOB/A, der VOL/A und der VOF. Für Baurechtspraktiker relevant ist die Änderung der Rechtsprechung des BGH zum Abnahmeerfordernis im gekündigten Bauvertrag. Wichtig für Auftraggeber sind ferner die Neuregelungen der VOB/B 2006. In der Rubrik „Auf einen Blick“ finden Sie die praxisrelevanten Einzelheiten zur Umsatzsteuererhöhung zum 01.01.2007.

TSP Theißen Stollhoff & Partner Rechtsanwalts-gesellschaft

#### Impressum

Herausgeber:

TSP Theißen Stollhoff & Partner Rechtsanwalts-gesellschaft

Cuxhavener Straße 14

10555 Berlin

Telefon (030) 399776-0

Telefax (030) 399776-22

Berlin@ts-law.de

www.ts-law.de

Partnerschaftsgesellschaft

AG Charlottenburg PR 431 B

## **Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte I**

OVG Niedersachsen, B.v. 26.07.2006 - 7 OB 65/06

### **LEITSATZ**

Streitigkeiten über die Vergabe öffentlicher Aufträge, die die in § 2 VgV festgelegten Schwellenwerte nicht erreichen, sind keine öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten, so dass es bei der allgemeinen Rechtswegzuweisung an die ordentlichen Gerichte verbleibt.

## **Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte II**

VG Karlsruhe, B.v. 14.06.2006 - 8 K 1437/06

### **LEITSATZ**

1. Für die Überprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge unterhalb der Schwellenwerte ist der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten gegeben.

2. Die öffentliche Hand handelt bei der Vergabe von Aufträgen privatrechtlich; es handelt sich um ein einstufiges Verfahren.

3. Für unterschwellige Vergabeverfahren, die nicht europarechtlicher Vorgabe unterliegen, gewährt auch das sonstige nationale Recht keine subjektiven Rechte, so dass Artikel 19 Abs. 4 GG nicht berührt ist.

## **Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte III**

OVG Nordrhein-Westfalen, B.v. 04.05.2006 15 B 692/06

### **LEITSATZ**

1. In einem vergaberechtlichen Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes vor der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist ein Antragsteller antragsbefugt, der zwar im Vergabeverfahren kein Angebot abgegeben hat, aber geltend machen kann, durch die Ausschreibungsbedingungen gleichheitswidrig an der Abgabe eines konkurrenzfähigen Gebotes gehindert zu werden.

## **BUNDESREGIERUNG BESCHLIEßT ÄNDERUNG DER VERGABEVERORDNUNG**

Am 28.06.2006 hat das Bundeskabinett den Entwurf der Dritten Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung beschlossen. Im Wesentlichen enthält dieser Entwurf folgende Änderungen, die jedoch grundsätzlich erst nach In-Kraft-Treten der Verordnung, also nach endgültiger Zustimmung durch den Bundesrat geltendes Recht werden:

Die Schwellenwerte werden in § 2 des Verordnungsentwurfs an die durch die Europäische Kommission neu und in Übereinstimmung mit dem WTO-Beschaffungsübereinkommen festgesetzten und erhöhten Schwellenwerte angepasst. Danach gelten nach In-Kraft-Treten der Verordnung folgende Schwellenwerte:

- 5,278 Millionen Euro statt bisher 5 Millionen Euro im Baubereich,
- 211.000 Euro statt bisher 200.000 Euro im Bereich der VOL- und VOF-Vergaben
- 422.000 Euro statt bisher 400.000 Euro bei Auftragsvergaben durch Sektorenauftraggeber.

Zukünftig werden sowohl öffentliche (kommunale) wie auch private Sektorenauftraggeber (Bereiche Trinkwasser, Energie, Verkehr) nur noch dem 4. Abschnitt der VOL/A und der VOB/A unterworfen. Der 3. Abschnitt entfällt danach ersatzlos. Damit gelten auch für kommunale Sektorenauftraggeber zukünftig nicht mehr die strengeren und über die EU-Vorgaben hinausgehenden Regelungen der Abschnitte 3 der VOL/A und VOB/A. Die Abschnitte 3 der VOL/A und der VOB/A sehen insbesondere die vorrangige Anwendung des offenen Verfahrens vor, während der Abschnitt 4 z. B. die freie Wahl der Vergabearten durch die Auftraggeber ermöglicht. Die bisherige Regelung über die elektronische Angebotsabgabe wird aufgehoben. Diese Regelung findet sich zukünftig in § 21 Nr. 1 VOB/A und § 21 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A.

2. In einem vergaberechtlichen Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes vor der Verwaltungsgerichtsbarkeit kann ein Unterlassungsanspruch nicht auf jedweden Verstoß gegen Bestimmungen der Verdingungsordnungen gestützt werden, sondern - insoweit enger als in Nachprüfungsverfahren nach dem GWB - nur auf solche Verstöße, die den Antragsteller gleichheitswidrig benachteiligen.

### HINWEISE ZU I BIS III

Die vorstehenden Entscheidungen zeigen, dass es dringend einer Klarstellung des Gesetzgebers zum Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte bedarf. Nach Ansicht des OVG Niedersachsen und des VG Karlsruhe besteht keine Rechtswegzuständigkeit der Verwaltungsgerichte für Unterschwellenvergaben. Dagegen gewährt das OVG Nordrhein-Westfalen vergaberechtl-

### NEUE VOB/A, VOL/A UND VOF

Die aufgrund der zwingend bis zum 31.01.2006 umzusetzenden EU-Vergaberichtlinien neu geschaffenen Verdingungsordnungen sind nunmehr im Bundesanzeiger veröffentlicht worden. Die Veröffentlichung der überarbeiteten VOF findet sich im Bundesanzeiger Nr. 91a vom 13.05.2006, die neue VOB/A im Bundesanzeiger Nr. 94a vom 18.05.2006 und die neue VOL/A in der Beilage zum Bundesanzeiger Nr. 100a vom 30.05.2006.

Um das Ziel der EG-Richtlinien, eine verstärkte Nutzung elektronischer Mittel, zu unterstützen, wurden die Grundsätze der Informationsübermittlung, insbesondere die Möglichkeit für öffentliche Auftraggeber, die Kommunikationsmittel und die Verwendung fortgeschrittener elektronischer Signaturen bei der Angebotsabgabe zu wählen, bereits in die Basisparagrafen (Abschnitt 1, §§ 16 und 21) für die Aufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte aufgenommen.

chen Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte.

Allerdings kann auch nach Ansicht des OVG Nordrhein-Westfalen nicht jeder Verstoß gegen die VOB/A gerügt werden. So besteht auch im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes kein allgemeiner Anspruch auf Einhaltung sämtlicher Bestimmungen des Vergabeverfahrens. Der Unterlassungsanspruch kann vielmehr nur auf solche Verstöße gestützt werden, die den Antragsteller gleichheitswidrig benachteiligen.

---

### Vergaberechtlicher Primärrechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte?

OLG Dresden, B.v. 25.04.2006 - 20 U 467/06

#### LEITSATZ

Auf ein Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte des § 2 VgV sind weder § 115 Abs. 1 GWB noch § 13 VgV anwendbar; selbst wenn man bei einem solchen Beschaffungsvorhaben vergaberechtlichen Primärrechtsschutz von Verfassungs wegen grundsätzlich für geboten hielte, unterliegt ein öffentlicher Auftraggeber auch angesichts eines entsprechenden verwaltungs- oder zivilgerichtlichen Rechtsschutzverfahrens daher weder einem Zuschlagsverbot noch einer Vorabinformationspflicht.

#### HINWEIS

Das OLG Dresden hat zunächst offen gelassen, ob bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte von Verfassungs wegen gerichtlicher Rechtsschutz geboten sei und ob hierfür die Verwaltungsgerichte oder die Zivilgerichte zuständig seien. Nach Auffassung des OLG Dresden kommt einstweiliger Rechtsschutz schon dann nicht mehr in Betracht, wenn der Auftrag nach allgemeinen Regeln wirksam erteilt wurde. Einer wirksamen Auftragserteilung steht auch nicht entgegen, dass keine Vorabmitteilung gemäß § 13 VgV erfolgt ist. Ein Zuschlagsverbot nach § 115 Abs. 1 GWB existiert bei einem anhängigen verwaltungs- oder zivilgerichtlichen Rechtsschutzverfahren

ebenfalls nicht. Beide Vorschriften hat der Gesetzgeber ausschließlich auf Verfahren oberhalb der Schwellenwerte beschränkt.

---

### **Ausschluss bei fehlenden Herstellerangaben**

OLG Düsseldorf, B.v. 05.04.2006 - Verg 3/06

#### **LEITSATZ**

Ein Angebot ist zwingend auszuschließen, wenn es die im Leistungsverzeichnis geforderten Herstellererklärungen nicht enthält.

#### **HINWEIS**

Angebote, welche nicht die Preise und geforderten Erklärungen enthalten, sind zwingend von der Wertung auszuschließen. Die vorstehende Entscheidung bestätigt diese Entscheidungspraxis. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf ist ein Angebotsausschluss auch dann zwingend, wenn die zum Nachweis der Gleichwertigkeit geforderten Herstellererklärungen für alternativ angebotene Produkte nicht beigefügt werden. Lediglich für die angebotenen Leitfabrikate selbst sind nach Ansicht des OLG Düsseldorf nicht die geforderten Herstellererklärungen erforderlich. Zur Begründung führt das OLG Düsseldorf an, dass ein verständiger Bieter davon ausgehen darf, dass der Auftraggeber die technische Eignung des Leitfabrikats zuvor geprüft hat (oder kennt) und die Vorlage einer Herstellererklärung deshalb verzichtbar ist. Gleichwohl kann angesichts der formstrengen Entscheidungspraxis des BGH nur nachdrücklich empfohlen werden, sämtliche Forderungen des Auftraggebers exakt umzusetzen.

---

### **Haftung eines privaten Auftraggebers bei Ausschreibung nach VOB/A**

BGH, U.v. 21.02.2006 - X ZR 39/03

#### **LEITSATZ**

Erklärt ein Privater ohne Einschränkung, dass er eine Ausschreibung nach den Regeln der VOB/A durchführen werde, können den

Teilnehmern der Ausschreibung Schadensersatzansprüche nach denselben Grundsätzen zustehen, die für öffentliche Auftraggeber gelten.

---

## **Baurecht**

### **Verjährung von Bürgschaftsforderungen**

OLG München, U.v. 20.07.2006 - 19 U 3419/06

#### **LEITSATZ**

Ist in einem Bürgschaftsvertrag vereinbart, dass sich der Gläubiger bei Fälligkeit der Forderung und Nichtleistung des Schuldners an den Bürgen wenden kann, der dann „nach Aufforderung“ des Gläubigers Zahlung zu leisten hat, wird die Bürgschaftsforderung erst mit der Zahlungsaufforderung gegenüber dem Bürgen fällig. Damit beginnt auch die Verjährung der Bürgschaftsforderung erst zu diesem Zeitpunkt.

#### **HINWEIS**

Wann die Verjährungsfrist für Bürgschaftsforderungen beginnt, ist umstritten. Teilweise wird vertreten, dass die Bürgschaftsforderung zusammen mit der Hauptforderung fällig wird. Nach der Gegenansicht beginnt die Verjährung der Ansprüche aus der Bürgschaft erst mit ihrer Inanspruchnahme. Mit dieser Streitfrage musste sich das OLG München in der vorstehenden Entscheidung allerdings nicht befassen. Im Bürgschaftsvertrag war die Fälligkeit der Bürgschaftsforderung an die Zahlungsaufforderung des Bürgschaftsgläubigers geknüpft, so dass auch die Verjährung erst zu diesem Zeitpunkt beginnt.

---

### **Fälligkeit der Werklohnforderung grundsätzlich erst mit der Abnahme**

BGH, U.v. 11.05.2006 - VII ZR 146/04

#### **LEITSATZ**

1. Auf eine Bürgschaft, die der Unternehmer zur Sicherung seiner Vergütungsforderung

aufgrund einer im Bauvertrag vereinbarten Sicherungsabrede beanspruchen kann, findet § 648a BGB keine Anwendung.

2. Nach Kündigung eines Bauvertrags wird die Werklohnforderung grundsätzlich erst mit der Abnahme der bis dahin erbrachten Werkleistungen fällig (Änderung der Rechtsprechung, vgl. Senat, U.v. 09.10.1986 - VII ZR 249/85, BauR 1987, 95).

### HINWEIS

Der BGH hat in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung nunmehr entschieden, dass Werklohnforderungen im Rahmen eines gekündigten Bauvertrages erst mit Abnahme der erbrachten Werkleistungen fällig werden. Nach der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung war bei einem gekündigten Bauvertrag keine Abnahme der erbrachten Werkleistungen zur Herbeiführung der Fälligkeit der Vergütungsforderung erforderlich. Diese, für die Praxis äußerst bedeutsame Änderung der Rechtsprechung begründet der BGH mit der gesetzlichen Regelung des § 641 Abs. 1 BGB. Nach dieser Bestimmung ist die Abnahme der Fälligkeitsvoraussetzung für den Vergütungsanspruch des Unternehmers. Nach nunmehriger Ansicht des BGH besteht kein Grund, von dieser Voraussetzung abzusehen, wenn infolge der Kündigung eines Bauvertrages lediglich eine Teilleistung erbracht wurde. In diesem Fall können an die Fälligkeitsvoraussetzungen des für den erbrachten Leistungsteil geschuldeten Vergütungsanspruchs keine geringeren Anforderungen gestellt werden, als sie für den Fall des vollständig durchgeführten Vertrages bestehen. Andernfalls würde der Unternehmer, der einen Anlass zur Kündigung gegeben hat, besser gestellt, als der Unternehmer, der vertragsgemäß seine Leistung erbringt. Diese Rechtsprechungsänderung wird Probleme der Abgrenzung zwischen noch nicht erbrachter Teilleistung (dann keine Abnahme erforderlich) und mangelhaft erbrachter Teilleistung (dann Abnahme erforderlich) herbeiführen. Stets wird weiterhin zu prüfen sein, ob auch im Fall des gekündigten Bauvertrags eine Abnahme ausnahmsweise

entbehrlich ist. Dies ist etwa der Fall, wenn der Auftraggeber nicht mehr Erfüllung des Vertrages, sondern Minderung oder Schadensersatz verlangt oder die Abnahme des Werkes ernsthaft und endgültig abgelehnt wurde. In der Kündigung eines Bauvertrages selbst ist dabei regelmäßig keine konkludente Abnahme zu sehen. Eine fiktive Abnahme gemäß § 12 Ziff. 5 VOB/B kommt darüber hinaus beim gekündigten VOB-Vertrag regelmäßig nicht in Betracht.

### ÖFFENTLICHE AUFTRAGSVERGABE UND KORRUPTIONSREGISTER

Die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung führt seit dem 01.06.2006 ein zentrales Register über korruptionsauffällige Unternehmen in Berlin. Grundlage ist das Korruptionsgesetz vom 19.04.2006. Ziel ist es, die öffentlichen Auftraggeber bei der ihnen obliegenden Prüfung der Zuverlässigkeit von Bietern, Bewerber und potentiellen Auftragnehmern zu unterstützen.

### Fristsetzung zur Aufnahme der Mängelbeseitigung

BGH, U.v. 23.02.2006 - VII ZR 84/05

### LEITSATZ

(...)

3. Eine mit Ablehnungsandrohung verbundene Frist zur Aufnahme der Arbeiten und zum Nachweis der Beauftragung eines Drittunternehmers genügt den Anforderungen an eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung im Sinne des § 634 Abs. 1 BGB nicht.

### HINWEIS

Nach § 634 Abs. 1 BGB muss sich die Frist auf den Abschluss der Mängelbeseitigungsarbeiten beziehen, nicht auf deren Beginn. Nur in engen Ausnahmefällen hat der BGH auch die Beginnfrist als ausreichend erachtet. Insbesondere, wenn der für die Mängelbeseitigung erforderliche Zeitraum nur

### NEUFASSUNG DER VOB/B 2006 BESCHLOSSEN

Der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) hat am 27.06.2006 die Änderungen der VOB/B 2006 beschlossen. Neben zahlreichen redaktionellen Änderungen sind u.a. folgende praxisrelevante Neuregelungen vorgesehen:

- Der neue Satz 2 in § 6 Nr. 6 VOB/B stellt klar, dass die Entschädigungsregelung des § 642 BGB neben der Schadensersatznorm des § 6 Nr. 6 VOB/B in Behinderungsfällen Anwendung findet. Dies setzt voraus, dass eine Behinderungsanzeige des Auftragnehmers (AN) erfolgt ist oder die Behinderung offenkundig ist.
- Die Neufassung des § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B eröffnet die Kündigungsmöglichkeit des Auftraggebers (AG) auch bei vorliegendem Antrag des AG oder eines anderen Gläubigers auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des AN. Der Kündigungsgrund bestand zuvor nur bei vorliegendem eigenen Insolvenzantrag des AN.
- Die Neufassung des § 13 Nr. 4 Abs. 1 Satz 1 VOB/B gleicht die Verjährungsregeln der VOB/B an § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB an.
- § 13 Nr. 4 Abs. 2 VOB/B stellt nunmehr klar, dass die kurze Verjährungsfrist bei maschinellen und elektrotechnischen Anlagen ohne abweichende Vereinbarung auch dann zur Anwendung kommt, wenn für weitere Leistungen eine längere Verjährungsfrist als die Regelfrist vereinbart ist.
- Die BGH-Rechtsprechung zur Einwendungsfrist des AG gegen die Prüfbarkeit der Schlussrechnung wurde in § 16 Abs. 1 VOB/B umgesetzt. Hiernach kann sich der AG nicht mehr auf die fehlende Prüfbarkeit einer Schlussrechnung berufen, soweit er nicht spätestens 2 Monate nach Zugang der Schlussrechnung entsprechende Einwendungen erhoben hat.
- Der neue § 17 Nr. 5 Satz 1 VOB/B verpflichtet den Sicherheitseinbehalt auf einem „Und-Konto“ vorzunehmen, über das AG und AN nur gemeinsam verfügen können. Bislang wurden Sperrkonten häufig ausschließlich vom AG eröffnet, was im Insolvenzfall dazu führte, dass ein solches Konto in die Insolvenzmasse fiel.
- § 17 Nr. 6 Abs. 1 VOB/B stellt nunmehr klar, dass in den Fällen des § 13 b UStG die Umsatzsteuer bei der Berechnung des Sicherheitseinbehaltes unberücksichtigt bleibt.

schwer abzuschätzen und dem Auftraggeber ein Abwarten bis zum Ablauf der Vornahmefrist nicht zuzumuten ist, kann eine Fristsetzung zur Aufnahme der Mängelbeseitigungsarbeiten ausreichend sein. Diese Rechtsprechung hat der BGH in der vorzitierten Entscheidung nochmals bekräftigt. Diese schwer prognostizierbare Einzelfallbetrachtung dürfte der Praxis jedoch nicht weiterhelfen. Vielmehr wird der Auftraggeber weiterhin gehalten sein, dem Auftragnehmer eine Vornahmefrist für den Abschluss der Mängelbeseitigungsarbeiten zu setzen und diese erst ablaufen zu lassen, bevor er die Ansprüche wegen der Mängel geltend macht.

### Vertragsstrafe wegen Bauzeitüberschreitung

OLG Zweibrücken, U.v. 03.03.2006 - 1 U 48/04

#### LEITSATZ

1. Eine Verletzung der Anzeigepflicht führt nicht zum Ausschluss des Verschuldens bei der Prüfung der Verwirkung der Vertragsstrafe.
2. Eine Berufung auf die Vertragsstrafe ist rechtsmissbräuchlich, wenn die Erfüllung des Zeitplanes durch den Auftragnehmer unmöglich geworden ist.
3. Die Erfüllung des Zeitplanes ist dann unmöglich geworden, wenn der Auftragnehmer

### **BAUINDUSTRIE MIT WACHSTUM**

Die Baukonjunktur hat sich im ersten Halbjahr 2006 spürbar erholt: Nach Mitteilung des Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie stieg der Auftragseingang im Juni um nominal 2,3 %. Für das 1. Halbjahr ergibt sich ein Auftragsplus von 8,6 %. Die seit Mai des letzten Jahres steigende Baunachfrage wirkte sich - trotz schlechter Witterung zu Beginn des Jahres - positiv auf den Umsatz aus: Der baugewerbliche Umsatz lag um 1,6 % über dem Wert des Vorjahreszeitraums. Trotz der positiven Entwicklung geht der Aufschwung noch am Bauarbeitsmarkt vorbei: Im 1. Halbjahr waren im deutschen Bauhauptgewerbe im Durchschnitt noch 672.300 Arbeitnehmer beschäftigt, 31.300 weniger als noch vor einem Jahr. Die baukonjunkturelle Erholung hatte eine Verlangsamung des Stellenabbaus zur Folge.

Arbeitsabläufe ständig neu strukturieren und umstellen muss. Dies kann darauf beruhen, dass der Auftragnehmer Arbeitsabläufe wegen fehlender oder zu spät zur Verfügung gestellten Planunterlagen durch den Auftraggeber, zahlreichen Änderungsanordnungen des Auftraggebers, und aufgrund der Vielzahl sonstiger zusammentreffender Umstände, welche von dem Auftraggeber verursacht sind, ändern muss.

### **Bauvertragsrecht bei Veräußerung mit Durchgangserwerb**

OLG Saarbrücken, U.v. 05.04.2006 - 5 U 263/05-80

#### **LEITSATZ**

Werkvertragsrecht findet in Anlehnung an die zur Veräußerung eines Bauwerks mit Erstellungsverpflichtung aufgestellten Grundsätzen auch dann Anwendung, wenn eine Eigentumswohnung nicht unmittelbar vom Bauträger, sondern von einem Zwischenerwerber ("Durchgangserwerb") veräußert wird.

### **§ 648a BGB-Sicherheit**

OLG Naumburg, U.v. 08.06.2005 - 12 U 90/03

#### **LEITSATZ**

Fordert der Auftraggeber nach Abnahme den Auftragnehmer zur Mängelbeseitigung auf, kann der Auftragnehmer diese von der Stellung einer Sicherheit gemäß § 648a BGB in Höhe noch offenen Werklohns abhängig machen. Verstreicht eine zur Stellung der Sicherheit gesetzte angemessene Frist erfolglos, kann der Auftragnehmer durch eine Nachfristsetzung ein Abrechnungsverhältnis herbeiführen. Dafür genügt es jedoch nicht, wenn der Auftragnehmer lediglich ankündigt, nach Ablauf einer weiteren Frist vom Recht zur Erfüllungsverweigerung Gebrauch zu machen.

#### **HINWEIS**

§ 648a BGB verleiht dem Auftragnehmer keinen (einklagbaren) Anspruch auf Sicherheitsleistung durch den Auftraggeber. Vielmehr kann der Auftragnehmer die weitere Leistungserbringung, d.h. auch die Mängelbeseitigung nach erfolgter Abnahme, verweigern, wenn er nach fruchtlosem Fristablauf nicht die geforderte Sicherheit vom Auftraggeber erhalten hat. Ist nach fruchtlosem Fristablauf der Auftragnehmer zur Leistungsverweigerung berechtigt, entfällt dieses Recht ab dem Zeitpunkt, in dem (nachträglich) der Auftraggeber eine Sicherheit ordnungsgemäß leistet. Wenn der Auftragnehmer diesen Schwebzustand nicht will, kann er durch Setzung einer Nachfrist das Vertragsverhältnis endgültig beenden, sofern die Nachfrist fruchtlos abläuft. Der Auftragnehmer muss aber die Nachfrist mit einer ausdrücklichen Kündigungsandrohung oder einer sonstigen Erklärung verbinden, die den Auftraggeber erkennen lässt, dass die Aufhebung des Vertrags für die Zukunft nur noch vom fruchtlosen Fristablauf abhängt. Dies hat der Auftragnehmer im vom OLG Naumburg entschiedenen Fall versäumt, so dass der Bauvertrag nicht als gekündigt gilt.

## Rückgabe der Vertragserfüllungsbürgschaft

OLG Naumburg, U.v. 07.12.2005 - 6 U 105/05

### LEITSATZ

1. Aus Inhalt und Zweck der im Zusammenhang mit der Vertragserfüllungsbürgschaft getroffenen Sicherungsabrede folgt die Verpflichtung des Gläubigers/Auftraggebers, die Sicherung zurückzugewähren, sobald feststeht, dass der Sicherungsfall nicht mehr eintreten kann.
2. Verlangt der Auftragnehmer im Hauptantrag die Herausgabe der Bürgschaftsurkunde an sich und im Hilfsantrag die Herausgabe an den Bürgen und unterliegt er mit dem Hauptantrag, trägt gleichwohl der AG die vollen Kosten des Rechtsstreits.

### HINWEIS

Das OLG Naumburg stellt in dieser Entscheidung nochmals den Sicherungszweck einer Vertragserfüllungsbürgschaft klar. Die Vertragserfüllungsbürgschaft sichert die vertragsgemäße Erfüllung des Bauvertrages und nicht die Mängelansprüche des Auftraggebers. Gesichert werden damit von der Vertragserfüllungsbürgschaft die Ansprüche des Auftraggebers auf eine fristgerechte, abnahmefähige Herstellung des Werkes. Etwaige Vertragesstrafeansprüche wegen verzögerter Fertigstellung des Werkes sind von diesem Sicherungszweck umfasst. Aus dem Inhalt und Zweck der Sicherungsabrede der Vertragserfüllungsbürgschaft folgt ferner die Verpflichtung des Gläubigers, die Vertragserfüllungsbürgschaft zurückzugewähren, sobald feststeht, dass der Sicherungsfall nicht mehr eintreten kann. Dies war in dem vom OLG Naumburg entschiedenen Sachverhalt der Fall. Da der Auftraggeber dort nicht schlüssig den Bestand von Ansprüchen gegen den Auftragnehmer dargetan hatte, musste er die ihm ausgereichte Vertragserfüllungsbürgschaft an den Auftragnehmer zurückzugewähren.

## Architektenrecht

### Bestätigung eines Mehrvergütungsanspruches

KG, U.v. 21.12.2004 - 18 U 40/03

### LEITSATZ

1. Wenn ein Bauherr über einen bestehenden Architektenauftrag hinaus zusätzliche Leistungen für Umplanungen verlangt, hat der Architekt Anspruch auf schriftliche Bestätigung des hieraus entstehenden zusätzlichen Vergütungsanspruches.
2. Verweigert der Bauherr trotz Fristsetzung die Abgabe einer derartigen Bestätigung des Mehrvergütungsanspruches, kann der Architekt den Vertrag kündigen.

### HINWEIS

Entgegen der geläufigen Ansicht gilt die HOAI nicht für jede Tätigkeit, die ein Architekt zu erbringen hat. Insbesondere sind nicht alle zusätzlich zu einem bestehenden Architektenvertrag zu erbringenden Leistungen außerhalb der Grundleistungen als Besondere Leistungen im Sinne der HOAI einzustufen. Besondere Leistungen liegen nur vor, wenn besondere Anforderungen an die Ausführung des Auftrages gestellt werden, die über die allgemeinen Leistungen hinausgehen. Steht eine zusätzliche Leistung nicht im unmittelbaren Zusammenhang zu den vertragsgegenständlichen Grundleistungen, handelt es sich auch nicht um eine Besondere Leistung i.S.v. § 2 Abs. 3 HOAI. Das gilt – wie im vom KG entschiedenen Fall – beispielsweise für Leistungen zur Gefahrenabwehr im Baustellenbereich (hier: Sanierung und Sicherung der Baustelle).

Fordert der Bauherr vom Architekten solche zusätzlichen Planungsleistungen, so ist er verpflichtet, dem Architekten die Geltendmachung von Mehrkosten dem Grunde nach zu bestätigen. Erfolgt keine Bestätigung des Mehrvergütungsanspruches durch den Bauherrn, kann der Architekt den Vertrag kündigen und Vergütung der erbrachten Leistungen verlangen.

## Haftungsausschluss bei Fehler des Vorplaners

OLG Karlsruhe, U.v. 17.01.2006 - 17 U 168/04

### LEITSATZ

Auch der nur mit der Ausführungsplanung und Bauüberwachung beauftragte Architekt schuldet eine Leistung, die zur Herstellung eines den genehmigten Bauvorlagen entsprechenden und mangelfreien Bauwerks führt. Auf Fehler des Vorplaners bei der Genehmigungsplanung kann er sich grundsätzlich nicht berufen. Es ist jedoch im Einzelfall zu prüfen, zu welchem Zeitpunkt er Mängel der ihm zur Verfügung gestellten Vorleistungen erkennen kann und muss, also ab wann ihm eine Pflichtverletzung anzulasten ist und ihn insbesondere auch ein Schuldvorwurf trifft.

---

## Verjährung der Honorarforderung

OLG Karlsruhe, U.v. 17.11.2005 - 5 O 10/02 (nicht rechtskräftig)

### LEITSATZ

1. Ansprüche auf Zahlung von Architektenhonorar werden zwar erst fällig, wenn eine prüffähige Honorarschlussrechnung überreicht wird. Trotzdem beginnt die Verjährung solcher Ansprüche bereits dann, wenn die Architektenleistung abnahmefähig erbracht ist.

2. Die unteren Instanzgerichte sind nicht an eine ständige höchstrichterliche Rechtsprechung gebunden, wenn sie derart sachwidrig ist, dass das Festhalten an ihr gleichsam ein Verstoß gegen Art. 3 GG darstellt.

### HINWEIS

Die vorstehende Entscheidung des OLG Karlsruhe steht nicht im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH. Nach Auffassung des BGH beginnt die dreijährige Verjährungsfrist erst am Ende des Jahres zu laufen, in dem eine ordnungsgemäße Schlussrechnung erteilt wird. Die Schlussrechnung ist mithin Fälligkeitsvoraussetzung für die Honorarforderung des Architekten. Missbrauchsfälle

## NEUE EG- GASFERNLEITUNGSVERORDNUNG

Am 01.07.2006 ist die neue EG-Gasfernleitungsverordnung in Kraft getreten, welche ohne weitere Umsetzungsakte unmittelbar gilt. Die neue EG-Gasfernleitungsverordnung bestimmt einheitliche Zugangs- und Entgeltregelungen für die EG-Mitgliedstaaten. Die Verordnung gilt für Netzbetreiber, die nicht nur rein örtliche Verteilerfunktionen wahrnehmen (sog. Fernleitungsnetzbetreiber). Die Verordnung entspricht zu weiten Teilen den bereits im EnWG und der GasNZV enthaltenen Regelungen. Die Verordnung enthält darüber hinaus neue Veröffentlichungs- und Übermittlungsvorschriften für Fernleitungsnetzbetreiber.

können zudem über den Grundsatz von Treu und Glauben gelöst werden. Beispielsweise kann die weitere Untätigkeit des Architekten trotz Fristsetzung zur Rechnungsstellung durch den Auftraggeber (BGH, BauR 1986, S. 596) als treuwidrig erscheinen.

---

## Außerordentliche Kündigung des Architektenvertrages

OLG Dresden, U.v. 04.08.2005 - 9 U 1889/04

### LEITSATZ

Eine Kündigung eines Architektenvertrages aus wichtigem Grund kann durch eine schwerwiegende schuldhaftige Verletzung oder eine sonstige Zerstörung des vertraglichen Vertrauensverhältnisses gerechtfertigt sein, die eine Fortsetzung des Vertrages für die andere Vertragspartei unmöglich macht. Dies gilt vorbehaltlich aller Umstände im Einzelfall selbst dann, wenn die kündigende Vertragspartei selbst schuldhaft die Vertragsgrundlage zerrüttet hat.

---

## Unwirksame Honorarvereinbarung

KG, U.v. 07.07.2005 - 4 U 113/04

### LEITSATZ

1. Der Architekt ist an eine unwirksame - weil unterhalb der Mindestsätze liegende - Vereinbarung nicht gebunden.
2. Zwar verhält sich der Architekt grundsätzlich widersprüchlich, wenn er ein Honorar verlangt, das weit über das vereinbarte hinausgeht. Er kann aber den Mindestsatz abrechnen, wenn der Bauherr auf die Wirksamkeit der den Mindestsatz unterschreitenden Vereinbarung nicht vertrauen durfte. Dies ist insbesondere der Fall, wenn er den Mindestsatzverstoß bei Abschluss der Vereinbarung kannte.

---

## Architekt haftet auch für fehlerhafte Statik

OLG Schleswig, U.v. 11.04.2006 - 3 U 78/03

### LEITSATZ

Der mit der Leistungsphase 8 des § 15 HOAI beauftragte Architekt muss im Rahmen seiner Objektüberwachungspflicht Widersprüche zwischen Statik und Bewehrungsplänen erkennen und diese durch Nachfrage beim Statiker aufklären.

---

## Immobilienrecht

### Betriebskostennachforderung nach Jahresfrist

BGH, U.v. 05.07.2006 - VIII ZR 220/05

### LEITSATZ

Der Vermieter, der die Jahresfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB für die Abrechnung von Betriebskosten zunächst unverschuldet nicht einhalten kann, hat die verspätete Geltendmachung einer Nachforderung dennoch zu vertreten, wenn er sich damit auch dann noch unnötig viel Zeit lässt, nachdem ihm die notwendigen Unterlagen für die Abrechnung vorliegen. Im Regelfall ist er gehalten, die Nachforderung innerhalb von drei Monaten

nach Wegfall des Abrechnungshindernisses zu erheben.

---

## Formularmäßige Verpflichtung zum Beitritt zur Werbegemeinschaft unwirksam

BGH, U.v. 12.07.2006 - XII ZR 39/04

### LEITSATZ

1. Die formularmäßige Verpflichtung des Mieters in einem Einkaufszentrum, einer Werbegemeinschaft in Form einer GbR beizutreten, verstößt wegen des damit verbundenen Haftungsrisikos des Mieters gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB.
2. In einem Formularmietvertrag muss die Höhe der Beiträge, die der Mieter in einem Einkaufszentrum an eine Werbegemeinschaft zu leisten hat, wegen der nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB erforderlichen Transparenz bestimmbar sein; mindestens muss eine Höchstgrenze festgesetzt sein, damit der Mieter die auf ihn zu kommenden Kosten kalkulieren kann.

### HINWEIS

Es war bislang streitig, ob der Mieter im Gewerbemietvertrag formularvertraglich verpflichtet werden kann, Mitglied einer Werbegemeinschaft zu werden. Der BGH hat die formularmäßige Verpflichtung, einer Werbegemeinschaft beizutreten, in der vorzitierten Entscheidung zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Die persönliche Haftung des Mieters muss aber ausgeschlossen sein. Eine unangemessene Benachteiligung der Mieterin liegt daher nach der Auffassung des BGH vor, wenn die Werbegemeinschaft auch in der Rechtsform einer GbR gegründet werden kann. Denn als Gesellschafterin einer GbR wäre die Mieterin weitgehenden Haftungsrisiken ausgesetzt. Diese Haftungsrisiken wären zum Beispiel bei einer als GmbH ausgestalteten Werbegemeinschaft vermeidbar. Die Höhe der vom Mieter an die Werbegemeinschaft zu leistenden Beiträge muss zudem bestimmbar oder ein Höchstbetrag festgelegt sein.

INTERN

➤ **TSP Theißen Stollhoff & Partner Rechtsanwaltsgesellschaft**

Die Kanzlei Dres. Theißen & Stollhoff ist zum 01.09.2006 in eine Partnerschaftsgesellschaft (PartGG) überführt worden und wird für Sie künftig als TSP Theißen Stollhoff & Partner Rechtsanwaltsgesellschaft tätig werden. Die neue Organisationsform trägt dem dynamischen Wachstum der Kanzlei und dem Ausbau unseres umfangreichen Beratungs- und Serviceangebotes Rechnung.

➤ **Korbion Rechtsanwälte** 

Anlässlich des Kooperationstreffens am 07.07.2006 in Berlin begrüßte TSP Theißen Stollhoff & Partner die renommierte Düsseldorf Baurechtskanzlei Korbion Rechtsanwälte als neuen Kooperationspartner. Die Kompetenz und Schlagkraft der Kanzlei im Bau- und Vergaberecht wird durch die enge Zusammenarbeit der Kanzleien weiter verstärkt.



(Foto: Hr. Dr. Rolf Theißen (l.); Hr. Claus-Jürgen Korbion)

➤ **Infrastrukturrecht**

TSP Theißen Stollhoff & Partner hat im Juli 2006 einen umfänglichen Gutachtensauftrag für ein Eisenbahninfrastrukturunternehmen im Sinne des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG) abgewickelt. Gegenstand des komplexen Mandats waren Nutzungs- und Zugangsansprüche zu Anschlussgleisen und Gleisanlagen.

➤ **Projektgeschäft**

Für einen renommierten baden-württembergischen Sozialträger wurden von TSP Theißen Stollhoff & Partner umfängliche Vertragswerke eines Großbauvorhabens beraten. Das professionelle Vertragsmanagement im Wohn-, Gewerbe- und Anlagenbau ist Kernkompetenz der Kanzlei.

➤ **Law Link – the global law group**



TSP Theißen Stollhoff & Partner ist seit 01.08.2006 Mitglied des renommierten internationalen Anwälte-Netzwerkes „Law Link – the global law group“. Mitgliedskanzleien von Law Link sind u.a. in Frankreich, Großbritannien, Belgien, Luxemburg, Italien, Spanien und der Schweiz vertreten.

## Auf einen Blick

### Umsatzsteuererhöhung zum 01.01.2007 - Auswirkungen auf die Bau- und Immobilienwirtschaft -

Der allgemeine Umsatzsteuersatz wird zum 01.01.2007 von derzeit 16 % auf 19 % angehoben. Der ermäßigte Steuersatz nach § 12 Abs. 2 UStG bleibt dagegen unverändert bei 7 %. Die gesetzliche Grundlage dafür findet sich im Haushaltsbegleitgesetz 2006 vom 29. Juni 2006 (BStBl. 2006 Teil I, S. 410).

**Hierzu sind folgende Einzelheiten zu beachten:**

#### 1. Grundsatz

Wird die Leistung **nach dem 31.12.2006** ausgeführt, beträgt die Umsatzsteuer 19 %. Dabei spielt der Zeitpunkt der Rechnungserteilung ebenso wenig eine Rolle wie der Zeitpunkt des Zahlungseingangs beim Unternehmer oder der Zeitpunkt der vertraglichen Vereinbarung. Entscheidend ist nur der **Zeitpunkt der Leistungsausführung**.

##### a) Zeitpunkt der Leistungsausführung

Eine Lieferung ist ausgeführt, wenn ein Gegenstand vom Unternehmer auf den Abnehmer/Kunden wechselt und der Abnehmer/Kunde den Gegenstand zu seiner freien Verfügung verwenden kann. Eine sonstige Leistung ist ausgeführt, wenn sie vollendet bzw. beendet ist.

##### b) Voraus- oder Abschlagszahlungen

Werden vor dem 01.01.2007 Voraus- oder Abschlagsrechnungen mit 16%igem USt-Ausweis erteilt und die Anzahlung vereinnahmt, während die entsprechenden Leistungen aber erst nach dem 31.12.2006 erbracht werden, ist die Differenz zwischen altem und neuem Steuersatz bei Leistungsausführung nachzuentrichten.

##### c) Weiterbelastung an den Kunden

Ob der Unternehmer die Umsatzsteuererhöhung selbst tragen muss oder ob er sie auf den Kunden abwälzen kann, ergibt sich aus der zivilrechtlichen Vereinbarung zwischen dem Unternehmer und dem Kunden (z.B. Kaufvertrag, AGBs). Bei Verträgen, die vor dem 01.09.2006 abgeschlossen wurden, kann der Unternehmer jedoch einen angemessenen Ausgleich in Höhe der umsatzsteuerlichen Mehrbelastung von dem Kunden nach § 29 UStG verlangen. Abweichende Vereinbarungen (z.B. Ausschluss dieser Vorschrift) sind allerdings zulässig. Bei Verträgen, die nach dem 31.08.2006 abgeschlossen wurden, muss der Unternehmer die Umsatzsteuersatzerhöhung tragen, soweit er keine andere vertragliche Regelung mit dem Kunden getroffen hat.

#### 2. Ausnahme: Teilleistungen

Werden statt einer Gesamtleistung Teilleistungen erbracht, kommt es für die Frage der Höhe des Steuersatzes (16 % oder 19 %) nicht auf den Zeitpunkt der Gesamtleistung an, sondern darauf, wann die einzelnen Teilleistungen ausgeführt werden. Teilleistungen sind wirtschaftlich abgrenzbare Teile einheitlicher Leistungen, für die das Entgelt gesondert vereinbart wird. Sie werden anstelle der Gesamtleistung geschuldet und gelten daher mit ihrer Erfüllung als ausgeführt.

### 3. Einzelne Vertragstypen

#### a) Bau- und Architektenverträge

Werklieferungen oder Teile einer Werklieferung sind ausgeführt, wenn das fertig gestellte (Teil-)Werk vom Erwerber **abgenommen** wurde. Das bedeutet, dass der 16 %ige Steuersatz nur noch solange angewendet werden kann, solange das (Teil-)Werk vor dem 01.01.2007 tatsächlich abgenommen wird. Wird das (Teil-)Werk nach dem 31.12.2006 abgenommen, gilt der 19%ige Steuersatz.

Beispiel: Bauunternehmer B errichtet für den Grundstückseigentümer A ein schlüsselfertiges Einfamilienhaus (EFH) und die Außenanlagen. Im Vertrag wird die sofortige Abnahme nach Fertigstellung des Hauses vereinbart (voraussichtlich Oktober 2006), die Außenanlagen werden nach deren Fertigstellung im Frühjahr abgenommen (voraussichtlich Mai 2007). Das Entgelt für das EFH beträgt 200.000,00 € zzgl. USt. Für die Außenanlagen werden 10.000,00 € zzgl. USt vereinbart. Mit Abnahme des EFH im Oktober 06 gilt die Teilleistung „EFH“ als erbracht. Die USt. entsteht daher i.H.v. 16 % (= 32.000,00 €). Die Teilleistung „Außenanlagen“ ist erst im Mai 2007 mit deren Abnahme ausgeführt. Auf diese Teilleistung ist daher der neue Steuersatz von 19 % (= 1.900,00 €) anzuwenden.

Beachte: Die Vereinbarung und Durchführung von Teilabnahmen zur Minimierung der Umsatzsteuer bewirkt, dass die Verjährungsfrist für Mängelansprüche gesondert für jedes abgenommene Teilwerk zu laufen beginnt. Die Leistungsgefahr, d.h. das Risiko des Unterganges und der Beschädigung des Werkes, geht auf den Auftraggeber über. Die Beweislast für behauptete Mängel trägt zudem nach der Abnahme der Auftraggeber.

#### b) Bauträgerverträge

Der Bauträgervertrag unterliegt nicht der Umsatzsteuer, weil er einen insgesamt grunderwerbsteuerpflichtigen Vorgang i.S.v. § 4 Nr. 9a UStG darstellt. Ein Anspruch des Bauträgers auf Anpassung des Kaufpreises kann sich aber bei Vereinbarung von Umsatzsteuererhöhungsklauseln im Bauträgervertrag ergeben.

#### c) Mietverträge

Hat der Vermieter bei Gewerberaummietverträgen zur Umsatzsteuer optiert, ist auf die Mietgewährung bis zum 31.12.2006 der geltende allgemeine Steuersatz von 16% anzuwenden. Die Mietgewährung nach dem 31.12.2006 ist der Besteuerung nach dem neuen allgemeinen Steuersatz von 19 % zu unterwerfen. Bei der Abrechnung von Betriebskosten, für die regelmäßig ein anderer Abrechnungszeitraum als für die Zahlung des Mietzinses vereinbart ist, richtet sich die Anwendung des zutreffenden Steuersatzes nach dem Zeitpunkt der Ausführung der Hauptleistung (z.B. monatlicher Mietzins für eine steuerpflichtige Vermietung mit monatlichem Abschlag für die Betriebskosten und jährlicher Abrechnung der Betriebskosten).

Hinweis: Mietverträge sind ab dem 01.07.2006 an den neuen Steuersatz anzupassen, damit sie von der Finanzverwaltung als ordnungsgemäße Rechnungen anerkannt werden und zum Vorsteuerabzug berechtigen.