

Newsletter

der Rechtsanwälte Dres. Theißen & Stollhoff

Baurecht, Immobilienrecht, Ingenieurrecht, Vergaberecht

AKTUELLES AUS DER RECHTSPRECHUNG

Baurecht

Bürgschaft auf erstes Anfordern I

BGH U. v. 5.3.02 – XI ZR 113/01

LEITSATZ

1. Der aus einer Bürgschaft auf erstes Anfordern in Anspruch Genommene kann Einwendungen aus dem Verhältnis des Gläubigers zum Hauptschuldner nur geltend machen, wenn der Gläubiger seine formale Rechtsstellung offensichtlich missbraucht. Das gilt nicht nur für Einwendungen gegen die Hauptforderung, sondern auch für solche, die die Sicherungsabrede zwischen dem Gläubi-

ger und dem Hauptschuldner betreffen.

2. Ein offensichtlicher Rechtsmissbrauch liegt nur vor, wenn der Sachverhalt klar auf der Hand liegt oder zumindest liquide beweisbar ist. Daran fehlt es auch dann, wenn eine vom Gläubiger zu beweisende Tatsache nicht sofort geklärt werden kann.

HINWEIS

Charakteristisch für die Bürgschaft auf erstes Anfordern ist, dass der Bürge Zahlung leisten muss, ohne dass es auf das Bestehen der verbürgten Hauptschuld ankommt. Der Bürge kann dem Gläubiger nicht wie bei einer „normalen“ Bürgschaft die Einwendungen und Einreden entgegensetzen, die dem Schuldner aus dem Schuldverhältnis selbst zur Verfügung stehen. Er muss bezahlen, wenn die Voraussetzungen für die Anforderung nach der Bürgschaft gegeben sind. Ausnahmsweise kann der Bürge die Zah-

INHALT

Aktuelles aus der Rechtsprechung	1
Nachrichten aus der Bau- und Immobilienwirtschaft	
➤ RDM-Untersuchung zum Immobilienmarkt	3
➤ Bauabzugsteuer bei Bauträgerverträgen	6
Dres. Theißen & Stollhoff - Intern	8
Auf einen Blick	
➤ Die beschlossenen Änderungen der VOB/B	9

Editorial

In unserer diesjährigen dritten Ausgabe des Newsletters veröffentlichen wir neben weiteren interessanten Urteilen aus den Bereichen des Bau-, Immobilien-, Ingenieur- und Vergaberechts die für die Bauvertragspraxis bedeutenden Entscheidungen des VII. Zivilsenates des BGH zur Unwirksamkeit der formularmäßigen Verpflichtung zur Stellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft.

In unserer Praktiker-Rubrik „Auf einen Blick“ finden sich die nicht weniger wichtigen Änderungen der VOB/B, die am 02.05.2002 vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss (DVA) beschlossen wurden.

Dres. Theißen & Stollhoff

Impressum

Herausgeber:

Dres. Theißen & Stollhoff
Rechtsanwälte und Notariat

Cuxhavener Straße 14
10555 Berlin

Telefon (030) 399776-0
Telefax (030) 399776-22

lung verweigern, wenn sich das Handeln des Gläubigers als „offensichtlich missbräuchliche Ausnutzung der Bürgschaft“ darstellt.

Im zu entscheidenden Fall verweigerte der Bürge die Zahlung mit dem Einwand, dass die Vereinbarung der Bürgschaft auf erstes Anfordern gemäß § 9 AGBG (jetzt § 307 BGB) unwirksam sei. Der BGH lehnte einen offensichtlichen Rechtsmissbrauchs hier aber deshalb ab, weil zwischen den Parteien streitig war, ob überhaupt eine Allgemeine Geschäftsbestimmung (AGB) oder nicht vielmehr eine Individualabrede vorliegt, und es weder offenkundig noch liquide beweisbar war, dass es sich um eine AGB handelte. Dies könne, so der BGH, u.U. nur durch eine aufwendige Beweisaufnahme geklärt werden, die ihren Platz in einem etwaigen Rückforderungsprozess habe. Auch aus der Tatsache, dass der Gläubiger als Verwender die Beweislast für eine Individualabrede habe, ergebe sich nichts anderes. Denn Sinn und Zweck der Bürgschaft auf erstes Anfordern sei es, dem Gläubiger innerhalb kürzester Zeit liquide Mittel zu verschaffen. Dem widerspräche es, wenn ein Rechtsmissbrauch in allen Fällen anzunehmen ist, in denen eine vom Gläubiger zu beweisende Tatsache nicht sofort geklärt werden kann.

Bürgschaft auf erstes Anfordern II

BGH U. v. 18.4.02 – VII ZR 192/01

LEITSATZ

Die formularmäßige Vereinbarung einer Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern im Rahmen eines Bauvertrages ist gemäß § 9 AGBG unwirksam.

HINWEIS

Die bisherige Auseinandersetzung in Rechtsprechung und Literatur in Bezug auf die Zulässigkeit einer Bürgschaft auf erstes Anfordern betraf im Wesentlichen Gewährleistungsbürgschaften. Die formularmäßige Verpflichtung des Auftragnehmers zur Stellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern wurde bislang teilweise mit § 9 AGBG (jetzt § 307 BGB) für vereinbar gehalten. Anders entschied nunmehr der BGH.

Nach dessen Rechtsauffassung hat zwar Auftraggeber ein berechtigtes Interesse daran hat, seine Ansprüche bei unzureichender Vertragserfüllung des Auftragnehmers durch eine (einfache, selbstschuldnerische) Bürgschaft sichern zu lassen, so dass die Vereinbarung einer solchen Bürgschaft auch in AGB's zulässig ist. Eine Inanspruchnahme setzt im Fall einer derartigen Bürgschaft aber den Nachweis voraus, dass der Sicherungsfall eingetreten ist, also der Bauhandwerker schlechte Arbeit geleistet hat. Die Bürgschaft auf erstes Anfordern geht nach Ansicht des BGH jedoch unangemessen

über dieses Sicherungsbedürfnis des Auftraggebers hinaus. Der Auftraggeber kann nämlich von der bürgenden Bank auch ohne näheren Nachweis des Sicherungsfalls die Auszahlung der Bürgschaftssumme verlangen. Das begründet die Gefahr, dass der Auftraggeber das Sicherungsmittel in Anspruch nimmt, obschon der Bauhandwerker seine Arbeit ordnungsgemäß erbracht hat. Dieser ist dann gezwungen, gegen den Auftraggeber wegen unberechtigter Inanspruchnahme der Bürgschaft vorzugehen, wobei er das Risiko der zwischenzeitlichen Insolvenz des Auftraggebers trägt.

Bürgschaft auf erstes Anfordern III

BGH U. v. 4.7.02 – VII ZR 502/99

LEITSATZ

Die formularmäßige Verpflichtung des Auftragnehmers zur Stellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern in Bauverträgen ist unwirksam. Der Bauvertrag ist wegen der dadurch entstehenden Lücke ergänzend dahingehend auszulegen, dass der Auftragnehmer eine gewöhnliche, selbstschuldnerische Bürgschaft zu stellen hat. Diese ergänzende Vertragsauslegung gilt nur für eine Übergangszeit.

HINWEIS

Der BGH hat in der vorliegenden Entscheidung seine Haltung zur Unzulässigkeit einer formularmäßigen Verpflichtung des Auftragnehmers zur Stel-

lung einer Vertragserfüllungsbürgschaft auf erstes Anfordern in Bauverträgen bestätigt. Um-

bewussten Interesse des Auftraggebers an einer Sicherung der Vertragserfüllung nicht

Betracht, als eine von den Parteien nicht bedachte Unwirksamkeit und damit eine Vertragslücke anzunehmen ist. Eine Vertragslücke ist dann nicht mehr gegeben, wenn der Auftragnehmer nach Bekanntwerden der vorliegenden Entscheidung in neuen Bauverträgen an der Klausel mit der Stellung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern festhält und sie damit bewusst weiter verwendet. Eine ergänzende Vertragsauslegung ist mithin nur bei bereits bestehenden, nicht aber bei nach dieser Entscheidung abgeschlossenen Bauverträgen zulässig.

AKTUELLE RDM-UNTERSUCHUNG ZUM IMMOBILIENMARKT

Die seit zwei Jahren erwartete Belegung des Immobilienmarktes lässt weiterhin auf sich warten. Dies ergibt sich aus einer aktuellen Marktuntersuchung des Ring deutscher Makler in über 250 Städten und Gemeinden. Die Preise für freistehende Einfamilienhäuser und Reihenhäuser sind danach ebenso wie die Preise für Eigentumswohnungen gesunken. Die Aktuelle Marktsituation im Überblick:

Der Preis für ein Einfamilienhaus liegt zurzeit um 0,7 Prozent unter dem Vorjahresniveau. Die regionalen Unterschiede sind beträchtlich. Im Norden der Bundesrepublik wird mit einem Minus in Höhe von 1,8 Prozent auf 182.000 Euro ein überdurchschnittlicher Preisrückgang beobachtet. In Süddeutschland gaben die Preise um knapp ein Prozent auf 301.500 Euro nach. Im westdeutschen Bereich konnte ein leichtes Plus von 0,4 Prozent auf 228.000 Euro verzeichnet werden. Die neuen Bundesländer weisen mit einem Minus von 5,6 Prozent auf 131.000 Euro den stärksten Rückgang auf.

Der Markt für Reihenhäuser verzeichnet etwas stärkere Preisrückgänge als der Markt für freistehende Einfamilienhäuser. Der Preis für ein Reihnhaus in den alten Bundesländern ist in den vergangenen zwölf Monaten um 1,0 Prozent (Vorjahr: plus/minus null Prozent) auf durchschnittlich 184.000 Euro gefallen. In den neuen Bundesländern beträgt der Rückgang 3,0 Prozent auf 113.500 Euro.

Eigentumswohnungen verlieren gegenüber dem Eigenheim weiter an Attraktivität. Sie weisen erneut einen vergleichsweise stärkeren Preisrückgang in Höhe von 1,9 Prozent auf (Vorjahr: minus 2,2 Prozent). Eine durchschnittliche, aus dem Bestand verkaufte Eigentumswohnung kostet in den alten Bundesländern gegenwärtig rund 1.170 Euro pro Quadratmeter (Preisangabe je Quadratmeter Wohnfläche, mittlerer Wohnwert, drei Zimmer, ca. 70 Quadratmeter), in den neuen Bundesländern 965 Euro (minus 4,5 Prozent).

eine Sicherungslücke zu vermeiden hat der BGH eine ergänzende Vertragsauslegung für eine Übergangszeit bejaht, weil ein ersatzloser Wegfall der Bürgschaftsklausel dem beiden Parteien bei Vertragsschluss

gerecht wird. Der Auftraggeber hat deshalb bei sachgerechter Abwägung eine gewöhnliche, selbstschuldnerische Vertragserfüllungsbürgschaft zu stellen. Eine solche Vertragsauslegung kommt jedoch nur solange in

Vertragsstrafenklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB)

BGH U. v. 7.3.02 – VII ZR 41/01

LEITSATZ

Eine Vertragsstrafenklausel in AGB's, nach welcher der Auftragnehmer für jeden Arbeitstag der Verspätung eine Vertragsstrafe von 0,5% zu zahlen hat, übt einen wirtschaftlich nicht mehr vertretbaren Druck auf den Auftragnehmer aus. Sie ist ungeachtet einer Obergrenze unwirksam.

HINWEIS

Eine allgemeingültige Bestimmung der zulässigen Vertragsstrafenhöhe ist nach Ansicht des BGH nicht möglich. Vielmehr bedarf es jeweils einer einzelfallbezogenen Prüfung. Allerdings ergeben sich aus der bisher ergangenen Rechtsprechung allgemein zu beachtende

Grundsätze. Zunächst ist dahingehend zu differenzieren, worauf sich der Tagessatz der Fristüberschreitung bezieht. Als zulässige Bezugsgröße kommen der Arbeitstag (Tag, an dem der Auftragnehmer nach der Vereinbarung tatsächlich Arbeitsleistung erbringt, i.d.R. 5-Tage-Woche), der Werktag (gemäß § 11 Nr. § VOB/B Montag bis Samstag) oder aber jeder Kalendertag in Betracht. Sind die Werk- bzw. Kalendertage Bezugsgröße, sollte unter Berücksichtigung der Rechtsprechung ein entsprechend niedriger Tagessatz vereinbart werden.

Die folgenden Tagessätze sind in AGB-Klauseln als wirksam angesehen worden:

- 0,1% pro Werktag
- 0,15% pro Werktag
- 0,2% pro Werktag
- 0,3% pro Arbeitstag

Die folgenden Tagessätze sind als zu hoch und damit als unwirksam angesehen worden:

- 0,3% pro Kalendertag
- 0,5% pro Kalendertag
- 0,5% pro Arbeitstag
- 1% pro Werktag.

Darlegungslast für Schäden im VOB-Vertrag

BGH U. v. 17.1.02 – VII ZR 488/00

LEITSATZ

Der Auftraggeber genügt den Anforderungen an die Darlegung einer mangelhaften Abdichtung, wenn er nach seiner Behauptung darauf zurückzuführende Feuchtigkeiterscheinungen im Bauwerk vorträgt.

Er muss weder darlegen, warum Nachbesserungsversuche gescheitert sind, noch welchen Weg die Feuchtigkeit im Bauwerk genommen hat.

Nachfristsetzung durch Zedenten ♦ Haftung für Verzögerung der Baugenehmigung und Baufreigabe

BGH U. v. 17.1.02 – VII ZR 490/00

LEITSATZ

1. Durch eine Sicherungsabtretung verliert der Zedent regelmäßig nicht die Befugnis, eine Nachfrist zur Erfüllung des Vertrages mit Ablehnungsandrohung zu setzen.

2. Der zur Beschaffung der Baugenehmigung verpflichtete Unternehmer haftet für die von ihm zu vertretende Verzögerung der Baugenehmigung und der Baufreigabe.

HINWEIS

1. Der BGH ist der Ansicht des OLG Dresden entgegen getreten, wonach der Zedent (derjenige, der seine Forderungen abtritt) durch die Abtretung seine Gestaltungsrechte an den Zessionar (derjenige, auf den die Forderungen übertragen werden) verliere. Dies gilt auch im Falle einer sog. Sicherungsabtretung, bei der die Abtretung allein der Sicherung einer anderen Forderung dient.

Nach Ansicht des BGH verbleiben die vertraglichen Gestaltungsrechte bei einer Sicherungsabtretung grundsätzlich beim Zedenten, soweit nicht der Inhalt der zugrundeliegenden Sicherungsabrede

dem entgegensteht. Dabei ist unerheblich, ob es sich um eine stille oder offengelegte Abtretung handelt. Bei der offengelegten Abtretung kann der Zedent allerdings nur Leistung an den Zessionar verlangen.

2. Soweit sich der Unternehmer vertraglich verpflichtet, die Baugenehmigung und Baufreigabe beizubringen, muss er für Verzögerungen eintreten, zumindest dann, wenn er nichts zu seiner Entlastung darlegt.

Beurkundungsbedürftigkeit eines Bauvertrages

BGH U. v. 28.2.02 – VII ZR 434/99

LEITSATZ

Vereinbaren die Parteien in einem Bauvertrag, dass der Bau nicht vor der Veräußerung eines abgetrennten Teiles des Grundstücks des Bestellers erfolgen soll, ist der Bauvertrag jedenfalls dann nicht beurkundungsbedürftig, wenn der Besteller durch die Vereinbarung nicht auf diese Art der Finanzierung beschränkt wird.

HINWEIS

Gemäß § 313 S. 1 BGB a.F. (jetzt § 311 b Abs. 1 BGB) bedarf ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, der notariellen Beurkundung. Enthält der Vertrag keine unmittelbare Verpflichtung zur Veräußerung, so ist er auch dann entsprechend § 313 S. 1 BGB formbedürftig, wenn die Veräußerung des Grundstücks mittelbar durch die Vereinbarung von Nachtei-

len erzwungen wird. Eine solche mittelbare Veräußerungspflicht hat der BGH im vorliegenden Fall jedoch nicht angenommen. Denn der Besteller hat unabhängig vom Bauvertrag die Möglichkeit, die Finanzierung auf andere Weise als durch Veräußerung des Trenngrundstücks zu gewährleisten. Die wirtschaftliche Beeinträchtigung der Entschließungsfreiheit in Hinblick auf die Veräußerung des Grundstücks beruht also nicht auf der o.g. Vereinbarung, sondern auf der Entscheidung des Bestellers, den Bauvertrag abzuschließen, bevor die Finanzierung gesichert war.

Voraus- oder Abschlagszahlungen im Werkvertrag

BGH U. v. 24.1.02 – VII ZR 196/00

LEITSATZ

1. Aus der Vereinbarung über Voraus- oder Abschlagszahlungen in einem BGB-Werkvertrag folgt die vertragliche Verpflichtung des Unternehmers, seine Leistungen abzurechnen. Der Besteller hat einen vertraglichen Anspruch auf Auszahlung des Überschusses.
2. Der Besteller hat schlüssig vorzutragen, in welcher Höhe er Voraus- und Abschlagszahlungen geleistet hat und dass diesen Zahlungen ein entsprechender endgültiger Vergütungsanspruch des Unternehmers nicht gegenübersteht.
3. Hat der Besteller ausreichend vorgetragen, muss der Unternehmer darlegen und beweisen, dass er berechtigt ist, die Vor-

aus- oder Abschlagszahlungen endgültig zu behalten. Der Besteller trägt demgegenüber die Beweislast für die behaupteten Voraus- oder Abschlagszahlungen.

Haftung des Hoheitsträgers bei Erfüllung der Aufgaben

OLG Nürnberg U. v. 9.1.02 – 4 U 281/00

LEITSATZ

1. Beauftragt ein Hoheitsträger mit der Erfüllung seiner Aufgaben (hier: Errichtung einer gemeindlichen Kanalisation) Private, so haftet er für die hierbei von diesen verursachten Schäden mangels Verschuldens seiner Bediensteten in der Regel nur nach den Grundsätzen über den nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch analog § 906 Abs. 2 S. 2. BGB.
2. Ein Anspruch scheidet nach diesen Grundsätzen aus, wenn es der Geschädigte drei Jahre lang unterlassen hat, seinen Abwehranspruch aus §§ 1004 Abs. 1, 862 Abs. 1 BGB gegen die erkennbare Zuführung von Wasser auf sein Grundstück geltend zu machen.
3. Die Störerhaftung von Architekt und Bauunternehmer endet mit dem Abschluss der Bauarbeiten.

Verjährungshemmung durch Anrufung der VOB-Schiedsstelle

BGH U. v. 28.2.02 – VII ZR 455/00

LEITSATZ

Die Vereinbarung der Bauvertragsparteien über die Anrufung

der VOB-Schiedsstelle beim Innenministerium kann zur Hemmung der Verjährung führen.

HINWEIS

Ein die Verjährung nach § 202 Abs. 1 BGB a.F. hemmendes Stillhalteabkommen, das auch stillschweigend getroffen werden kann, ist dann anzunehmen, wenn der Schuldner auf Grund dieser Vereinbarung berechtigt sein soll, vorübergehend die Leistung zu verweigern und der Gläubiger sich umgekehrt der Möglichkeit begeben hat, seine Ansprüche jederzeit weiterzuverfolgen. Ziel ist es eine gerichtliche Auseinandersetzung über eine strittige Forderung einstweilen zu verhindern. Die Vereinbarung über die Anrufung der Schiedsstelle beim Innenministerium eines Bundeslandes kann ein solches Stillhalteabkommen sein.

Stillschweigende Stundung der Grundforderung

OLG Dresden U. v. 16.1.02 – 11 U 1021/01

LEITSATZ

Wenn der Generalunternehmer dem Subunternehmer seine Forderung gegen den Auftraggeber erfüllungshalber abtritt und der Subunternehmer die Abtretung annimmt, dann stundet der Subunternehmer dem Generalunternehmer die Bezahlung des eigenen Werklohnanspruchs stillschweigend. Das gilt nicht unbegrenzt. War der Generalunternehmer in erster Instanz gegen den Auftraggeber erfolglos, braucht der Subun-

ternehmer nicht abzuwarten, bis auch die Berufung abgeschlossen ist, sondern darf nun gleich klagen.

Werkvertrag mit Pauschalpreisvereinbarung

BGH U. v. 8.1.02 – X ZR 6/00

LEITSATZ

1. Besteht zwischen den Parteien ein Werkvertrag mit Pauschalpreisabrede, können darin nicht vorgesehene zusätzliche Werkleistungen auch ohne Abschluss eines sie betreffenden zusätzlichen Werkvertrages vom Besteller zu vergüten sein.
2. Voraussetzung eines solchen erhöhten Vergütungsanspruchs ist, dass zu dem Leistungsinhalt, der einer Pauschalpreisvereinbarung zugrunde liegt, erhebliche, zunächst nicht vorgesehene Leistungen auf Veranlassung des Bestellers hinzukommen, unabhängig davon, ob die Parteien über die neue Preisgestaltung eine Einigung erzielt haben.

HINWEIS

Der BGH bestätigt damit seine bisherige Rechtsprechung. Danach rechtfertigt nach Treu und Glauben eine nicht unerhebliche Veränderung des in einem Pauschalpreisvertrag vorgesehenen Leistungsinhalts, eine Anpassung der Pauschale an die veränderten Verhältnisse; dies gilt auch für den Fall erheblicher zusätzlicher Leistungen. Voraussetzung für eine solche Vertragsanpassung ist, dass erhebliche Leistungen auf Veranlassung des Bestellers

hinzukommen. Einer vertraglichen Einigung hinsichtlich dieser zusätzlichen Leistungen bedarf es jedoch nicht. Der Unternehmer trägt allerdings die Darlegungs- und Beweislast für derartige weitere Vergütungsansprüche. Er hat im Streitfall darzulegen und zu beweisen, dass die zusätzlich abgerechneten Leistung nicht bereits Gegenstand des Pauschalvertrages sind.

Architektenrecht

Ingenieurhonorar-Degression bei mehreren Anlagen

BGH U. v. 24.1.02 – VII ZR 461/00

LEITSATZ

Für die Frage, ob mehrere Anlagen im Sinne von § 69 Abs. 7 in Verbindung mit § 22 Abs. 1 HOAI vorliegen, kommt es darauf an, ob die Anlagenteile nach funktionellen und technischen Kriterien zu einer Einheit zusammengefasst sind. Nicht entscheidend ist, ob die Leistung für mehrere Gebäude erfolgt.

HINWEIS

Bedeutung hat die vorliegende Entscheidung für die Berechnung der Vergütung erbrachter Leistungen im Bereich der Technischen Ausrüstung gem. §§ 68 ff HOAI (beispielsweise Gas-, Wasser-, Abwassertechnik, Gebäudeelektrotechnik, Wärmeversorgung, Aufzüge). Der BGH vertritt hierbei die Auffassung, dass bereits dann

§ 48 EStG – BAUABZUGSTEUER BEI BAUTRÄGERVERTRÄGEN

Nach Ansicht des Bundesfinanzministeriums unterliegen Bauträgerverträge nur dann der Bauabzugssteuer, wenn der Vertragspartner des Bauträgers nicht Erwerber, sondern Bauherr ist (im Sinne des BMF-Schreibens vom 31.8.1990, BStBl. I 1990, S. 366). Dies teilte das Bundesfinanzministerium der Bundesnotarkammer mit Brief vom 18.4.2002 mit (Anlage zum Rundschreiben der Bundesnotarkammer vom 22.4.2002: Fax-Abruf-Nr.: 5018; im Internet abrufbar unter www.bnotk.de – unter BNotK-Service/Merkblätter und Empfehlungen). Außerdem führt das Bundesfinanzministerium aus, dass auftragsbezogene Freistellungsbescheinigungen nicht erteilt werden, wenn bereits zeitlich befristete allgemeine Freistellungsbescheinigungen vorliegen. Wurde dem Leistungsempfänger eine Freistellungsbescheinigung vorgelegt, so muss er deren fortdauernde Wirksamkeit nicht ständig kontrollieren.

mehrere technische Anlagen vorliegen, wenn diese jeweils getrennt an das öffentliche Netz angeschlossen und allein betrieben werden können. Dabei ist grundsätzlich unerheblich, ob die Leistungen für mehrere Gebäude erbracht worden sind. Auch mehrere Anlagen in ei-

nem Gebäude sind honorarrechtlich nicht als eine Anlage einzuordnen, wenn sie verschiedenen Funktionen dienen.

Vergaberecht

Unzulässige Preisänderung beim Angebot nach VOB/A

BGH U. v. 6.2.02 – X ZR 185/99

LEITSATZ

Reduziert der öffentliche Auftraggeber im Einverständnis mit einem Bieter einen Einzelpreis in dessen Angebot mit der Folge, dass der Bieter in der Gesamtwertung der Angebote eine günstigere Position einnimmt, so handelt es sich hierbei nicht um eine unschädliche "Klarstellung" des Angebots, sondern um eine nachträgliche, nach § 24 Nr. 3 VOB/A unzulässige Preisänderung, die bei der Bewertung der Angebote nicht berücksichtigt werden darf.

Unverzügliche Rüge ♦ Öffentlicher Teilnahmewettbewerb ♦ Nichtoffenes Verfahren

OLG Naumburg U. v. 15.1.02 – 1 Verg 5/00

LEITSATZ

1. Die Rüge einer fehlerhaften Wahl der Art des Vergabeverfahrens (hier: Nichtoffene Ausschreibung mit vorgeschaltetem Öffentlichen Teilnahmewettbewerb) ist nicht unverzüglich i.S.v. § 107 Abs. 3 erhoben, wenn sie erst nach Abgabe ei-

ner Bewerbung und nach Ablauf der Bewerbungsfrist geltend gemacht wird.

2. Die verspätete Geltendmachung der Beanstandung der Wahl der Vergabeart gegenüber dem Auftraggeber führt zur einer materiellen Präklusion dieser Beanstandung und somit zu einem Verlust des subjektiven Rechts der Bieterin nach § 97 Abs. 7 GWB, eine eigene Beeinträchtigung durch eine ggf. fehlerhafte Wahl der Vergabeart geltend zu machen; diese Präklusion wirkt im Beschwerdeverfahren fort.

3. Die Bewerber in einem Öffentlichen Teilnahmewettbewerb haben keinen subjektiven Anspruch auf Beteiligung an dem dem Teilnahmewettbewerb folgenden Nichtoffenen Verfahren.

4. Der Auftraggeber hat seine Auswahl zur Zulassung zur Angebotsabgabe im Nichtoffenen Verfahren nach pflichtgemäßen Ermessen vorzunehmen; dabei hat er alles zu unterlassen, was zu einer Benachteiligung bestimmter Bewerber führen könnte, d.h. er hat das Diskriminierungsverbot des § 97 Abs. 2 GWB zu beachten. Die Prüfung der Eignung der Bewerber, d.h. ihrer Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit, ist nicht nur statthaftes Kriterium einer solchen Auswahl, der Auftraggeber ist zu einer solchen Prüfung sogar verpflichtet.

5. Der Auftraggeber darf seine eigenen Erfahrungen mit einem Bieter aus früheren Auftragsverhältnissen im Rahmen der Beurteilung von dessen Zuverlässigkeit berücksichtigen. Die-

se sind ihrem Charakter nach vergleichbar mit der Wiedergabe von Erfahrungen anderer öffentlicher Auftraggeber mit einem Bewerber, wie sie regelmäßig in Referenzen erfolgt.

Immobilienrecht

Haftungsbeschränkung für GbR-Gesellschafter ♦ geschlossene Immobilienfonds

BGH U. v. 21.1.02 – II ZR 2/00

LEITSATZ

1. Aus Gründen des Vertrauensschutzes dürfen sich Anlagegesellschafter bereits existierender geschlossener Immobilienfonds, die als Gesellschaften bürgerlichen Rechts (GbR) ausgestaltet sind, auch nach der durch die Entscheidungen BGHZ 142, 315 und BGHZ 146, 341 eingetretenen Änderung der Rechtsprechung des Senats für die davor abgeschlossenen Verträge weiterhin auf eine im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Haftungsbeschränkung unter der nach der früheren Rechtsprechung maßgebenden Voraussetzung berufen, dass die Haftungsbeschränkung dem Vertragspartner mindestens erkennbar war.

2. Für nach der Änderung der Rechtsprechung abgeschlossene Verträge von geschlossenen Immobilienfonds in der Form der GbR gilt als Ausnahme von den Grundsätzen der Senatsurteile BGHZ 142, 315 und BGHZ 146, 341, dass die persönliche Haftung der Anlage-

gesellschafter für rechtsgeschäftlich begründete Verbindlichkeiten des Immobilienfonds wegen der Eigenart derartiger Fonds als reine Kapitalanlagegesellschaften auch durch wirksam in den Vertrag einbezogene formularmäßige Vereinbarungen eingeschränkt oder ausgeschlossen werden kann, ohne dass darin grundsätzlich eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners im Sinne von § 9 AGB (a.F.) gesehen werden kann.

3. Künftige Wohnungseigentümer, die gemeinschaftlich eine Wohnungseigentumsanlage errichten ("Bauherrengemeinschaften") haften für die Herstellungskosten ("Aufbauschulden") auch weiterhin grundsätzlich nur anteilig nach den bisherigen Rechtsprechungsgrundsätzen, auch wenn sie im Verkehr als Außengesellschaften bürgerlichen

Rechts auftreten.

HINWEIS

Grundsätzlich haften die Gesellschafter einer GbR gegenüber den Gläubigern der GbR unbeschränkt auch mit ihrem Privatvermögen. Nach der früheren Rechtsprechung des BGH war eine im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Haftungsbeschränkung (z.B. auf das Vermögen der GbR) dann wirksam, wenn sie für den Vertragspartner zumindest erkennbar war, er insbesondere vor Vertragsschluss darauf hingewiesen wurde. Diese Rechtsprechung gab der BGH mit Urteil vom 27. September 1999 auf. Danach kann die persönliche Haftung der Gesellschafter einer GbR nicht durch einen Namenszusatz bzw. einen die Haftungsbeschränkung deutlich machenden Hinweis ausge-

schlossen werden. Eine Haftungsbeschränkung kann demnach nur durch eine individuelle Vertragsabrede erfolgen. Eine Ausnahme von diesen Grundsätzen macht der BGH jedoch mit dem vorliegenden Urteil bei geschlossenen Immobilienfonds, die als GbR ausgestaltet sind. Zum einen gilt für Verträge, die vor dem 27. September 1999 abgeschlossen wurden, aus Gründen des Vertrauensschutzes die frühere Rechtsprechung weiter. Bei Verträgen, die nach Änderung der Rechtsprechung abgeschlossen wurden, kann die persönliche Haftung der Gesellschafter durch wirksam in den Vertrag einbezogene AGB's ausgeschlossen werden. Eine solche AGB ist grundsätzlich nicht gemäß § 307 BGB unwirksam.

Dres. Theißen & Stollhoff

Intern

➤ **Personalia:**

Die Kanzlei Berlin der Rechtsanwälte Dres. Theißen & Stollhoff begrüßt als weiteren Mitarbeiter Herrn Rechtsanwalt Dr. Thomas Thaetner. Rechtsanwalt Dr. Thaetner verstärkt den Bereich des Bau- und Architektenrechts.

➤ **Fachseminare zur neuen VOB/B-Ausgabe 2002:**

Herr Rechtsanwalt und Notar Dr. Rolf Theißen hält zahlreiche Fachveranstaltungen zu den Neuerungen der VOB-Ausgabe 2002. Ferner liegt eine aktuelle Informationsschrift der Kanzlei zur VOB 2002 vor (Bezugsadresse: siehe Editorial).

➤ **Schuldrechtsmodernisierungsgesetz:**

Durch die Kanzlei Dres. Theißen & Stollhoff wurden in der ersten Hälfte des Jahres 2002 die Allgemeinen Geschäftsbedingungen verschiedener Verkehrsunternehmen vor dem Hintergrund des reformierten Schuldrechts geprüft.

➤ **Wirtschaftskanzleien in Deutschland:**

Die Kanzlei Dres. Theißen & Stollhoff wird eine strategische Kooperation mit namhaften Wirtschaftskanzleien Deutschlands eingehen. Näheres hierzu im nächsten Newsletter.

Auf einen Blick

Die beschlossenen Änderungen der VOB/B

Der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss (DVA) für Bauleistungen hat am 02.05.2002 Änderungen insbesondere im Bereich der VOB/B beschlossen. Diese Änderungen werden voraussichtlich im Oktober 2002 in Kraft treten.

Nachfolgend werden lediglich die Neuregelungen der VOB/B dargestellt. Von einem Abdruck der bisher geltenden Fassung wird abgesehen. Die konkreten Änderungen sind durch Unterstreichungen gekennzeichnet.

- **§ 10 Nr. 2 Abs. 2 geändert:**

„(2) Der Auftragnehmer trägt den Schaden allein, soweit er ihn durch Versicherung seiner gesetzlichen Haftpflicht gedeckt hat oder durch eine solche [...] zu tarifmäßigen, nicht auf außergewöhnliche Verhältnisse abgestellten Prämien und Prämienzuschlägen bei einem im Inland zum Geschäftsbetrieb zugelassenen Versicherer hätte decken können.“

- **§ 12 Nr. 5 Abs. 2 geändert:**

„(2) Wird keine Abnahme verlangt und hat der Auftraggeber die Leistung oder einen Teil der Leistung in Benutzung genommen, so gilt die Abnahme nach Ablauf von 6 Werktagen nach Beginn der Benutzung als erfolgt, wenn nichts anderes vereinbart ist. Die Benutzung von Teilen einer baulichen Anlage zur Weiterführung der Arbeiten gilt nicht als Abnahme.“

- **§ 13 Überschrift geändert:**

„Mängelansprüche“

- **§ 13 Nr. 1 neugefasst und Buchstaben a, b neu eingefügt:**

„Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber seine Leistung zum Zeitpunkt der Abnahme frei von Sachmängeln zu verschaffen. Die Leistung ist zur Zeit der Abnahme frei von Sachmängeln, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat und den anerkannten Regeln der Technik entspricht. Ist die Beschaffenheit nicht vereinbart, so ist die Leistung zur Zeit der Abnahme frei von Sachmängeln.

a) wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte,

sonst

b) für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Auftraggeber nach der Art der Leistung erwarten kann.“

- **§ 13 Nr. 2 geändert:**

„Bei Leistungen nach Probe gelten die Eigenschaften der Probe als vereinbarte Beschaffenheit, soweit nicht Abweichungen nach der Verkehrssitte als bedeutungslos anzusehen sind. Dies gilt auch für Proben, die erst nach Vertragsabschluß als solche anerkannt sind.“

- **§ 13 Nr. 3 geändert:**

„Ist ein Mangel zurückzuführen auf die Leistungsbeschreibung oder auf Anordnungen des Auftraggebers, auf die von diesem gelieferten oder vorgeschriebenen Stoffe oder Bauteile oder die Beschaffenheit der Vorleistung eines anderen Unternehmers, haftet der Auftragnehmer, es sei denn, er hat die ihm nach § 4 Nr. 3 obliegende Mitteilung gemacht.“

- **§ 13 Nr. 4 Abs. 1 und 2 geändert:**

„(1) Ist für Mängelansprüche keine Verjährungsfrist im Ver-

trag vereinbart, so beträgt sie für Bauwerke [...] 4 Jahre, für Arbeiten an einem Grundstück und für die vom Feuer berührten Teile von Feuerungsanlagen 2 Jahre. Abweichend von Satz 1 beträgt die Verjährungsfrist für feuerberührte und abgasdämmende Teile von industriellen Feuerungsanlagen 1 Jahr.

(2) Bei maschinellen und elektrotechnischen/elektronischen Anlagen oder Teilen davon, bei denen die Wartung Einfluss auf die Sicherheit und Funktionsfähigkeit hat, beträgt die Verjährungsfrist für Mängelansprüche abweichend von Absatz 1 2 Jahre, wenn der Auftraggeber sich dafür entschieden hat, dem Auftragnehmer die Wartung für die Dauer der Verjährungsfrist nicht zu übertragen.“

- **§ 13 Nr. 5 Abs. 1 geändert:**

„(1) Der Auftragnehmer ist verpflichtet, alle während der Verjährungsfrist hervortretenden Mängel, die auf vertragswidrige Leistung zurückzuführen sind, auf seine Kosten zu beseitigen, wenn es der Auftraggeber vor Ablauf der Frist schriftlich verlangt. Der Anspruch auf Beseitigung der gerügten Mängel verjährt in 2 Jahren, gerechnet vom Zugang des schriftlichen Verlangens an, jedoch nicht vor Ablauf der Regelfristen nach Nummer 4 oder der an ihrer Stelle vereinbarten Frist. Nach Abnahme der Mängelbeseitigungsleistung beginnt für diese Leistung eine Verjährungsfrist von 2 Jahren neu, die jedoch nicht vor Ablauf der Regelfristen nach Nummer 4 oder der an ihrer Stelle vereinbarten Frist endet.“

- **§ 13 Nr. 6 geändert:**

„Ist die Beseitigung des Mangels für den Auftraggeber unzumutbar oder ist sie unmöglich oder würde sie einen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordern und wird sie deshalb vom Auftragnehmer verweigert, so kann der Auftraggeber durch Erklärung gegenüber dem Auftragnehmer die Vergütung mindern (§ 638 BGB). [...]“

- **§ 13 Nr. 7 Abs. 1 bis 3 neugefasst, Abs. 4 geändert und Abs. 5 neu eingefügt:**

(1) Der Auftragnehmer haftet bei schuldhaft verursachten Mängeln für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit.

(2) Bei vorsätzlich oder grob fahrlässig verursachten Mängeln haftet er für alle Schäden.

(3) Im übrigen ist dem Auftraggeber der Schaden an der baulichen Anlage zu ersetzen, zu deren Herstellung, Instandhaltung oder Änderung die Leistung dient, wenn ein wesentlicher Mangel vorliegt, der die Gebrauchsfähigkeit erheblich beeinträchtigt und auf ein Verschulden des Auftragnehmers zurückzuführen ist. Einen darüber hinausgehenden Schaden hat der Auftragnehmer nur dann zu ersetzen,

a) wenn der Mangel auf einem Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik beruht,

- b) wenn der Mangel in dem Fehlen einer vertraglich vereinbarten Beschaffenheit besteht oder
- c) soweit der Auftragnehmer den Schaden durch Versicherung seiner gesetzlichen Haftpflicht gedeckt hat oder durch eine solche [...] zu tarifmäßigen, nicht auf außergewöhnliche Verhältnisse abgestellten Prämien und Prämienzuschlägen bei einem im Inland zum Geschäftsbetrieb zugelassenen Versicherer hätte decken können.

(4) Abweichend von Nummer 4 gelten die gesetzlichen Verjährungsfristen, soweit sich der Auftragnehmer nach Absatz 3 durch Versicherung geschützt hat oder hätte schützen können oder soweit ein besonderer Versicherungsschutz vereinbart ist.

(5) Eine Einschränkung oder Erweiterung der Haftung kann in begründeten Sonderfällen vereinbart werden.“

• **§ 16 Nr. 1 Abs. 3 und 4 geändert:**

„(3) Ansprüche auf Abschlagszahlungen werden binnen 18 Werktagen nach Zugang der Aufstellung fällig.

(4) Die Abschlagszahlungen sind ohne Einfluss auf die Haftung [...] des Auftragnehmers; sie gelten nicht als Abnahme von Teilen der Leistung.“

• **§ 16 Nr. 2 Abs. 1 geändert:**

„(1) Vorauszahlungen können auch nach Vertragsabschluss vereinbart werden; hierfür ist auf Verlangen des Auftraggebers ausreichende Sicherheit zu leisten. Diese Vorauszahlungen sind, sofern nichts anderes vereinbart wird, mit 3 v. H. über dem Basiszinssatz des § 247 BGB zu verzinsen.“

• **§ 16 Nr. 3 Abs. 1 geändert:**

„(1) Der Anspruch auf die Schlusszahlung wird alsbald nach Prüfung und Feststellung der vom Auftragnehmer vorgelegten Schlussrechnung fällig, spätestens innerhalb von 2 Monaten nach Zugang. Die Prüfung der Schlussrechnung ist nach Möglichkeit zu beschleunigen. Verzögert sie sich, so ist das unbestrittene Guthaben als Abschlagszahlung sofort zu zahlen.“

• **§ 16 Nr. 5 Abs. 3 geändert, Abs. 3 Satz 3 gestrichen und Abs. 4 und 5 neu eingefügt:**

„(3) Zahlt der Auftraggeber bei Fälligkeit nicht, so kann ihm der Auftragnehmer eine angemessene Nachfrist setzen. Zahlt er auch innerhalb der Nachfrist nicht, so hat der Auftragnehmer vom Ende der Nachfrist an Anspruch auf Zinsen in Höhe der in § 288 BGB angegebenen Zinssätze, wenn er nicht einen höheren Verzugschaden nachweist. [...]“

(4) Zahlt der Auftraggeber das fällige unbestrittene Guthaben nicht innerhalb von 2 Monaten nach Zugang der Schlussrechnung, so hat der Auftragnehmer für dieses Guthaben abweichend von Absatz 3 (ohne Nachfristsetzung) ab diesem Zeitpunkt Anspruch auf Zinsen in Höhe der in § 288 BGB angegebenen Zinssätze, wenn er nicht einen höheren Verzugschaden nachweist.

(5) Der Auftragnehmer darf in den Fällen der Absätze 3 und 4 die Arbeiten bis zur Zahlung einstellen, sofern eine dem Auftraggeber zuvor gesetzte angemessene Nachfrist erfolglos verstrichen ist.“

• **§ 16 Nr. 6 geändert:**

„Der Auftraggeber ist berechtigt, zur Erfüllung seiner Verpflichtungen aus den Nummern 1 bis 5 Zahlungen an Gläubiger des Auftragnehmers zu leisten, soweit sie an der Ausführung der vertraglichen Leistung des Auftragnehmers aufgrund eines mit diesem abgeschlossenen Dienst- oder Werkvertrags beteiligt

sind, wegen Zahlungsverzugs des Auftragnehmers die Fortsetzung ihrer Leistung zu Recht verweigern und die Direktzahlung die Fortsetzung der Leistung sicherstellen soll. Der Auftragnehmer ist verpflichtet, sich auf Verlangen des Auftraggebers innerhalb einer von diesem gesetzten Frist darüber zu erklären, ob und inwieweit er die Forderungen seiner Gläubiger anerkennt; wird diese Erklärung nicht rechtzeitig abgegeben, so gelten die Voraussetzungen für die Direktzahlung als anerkannt.“

• **§ 17 Nr. 1 Abs. 2 geändert:**

„(2) Die Sicherheit dient dazu, die vertragsgemäße Ausführung der Leistung und die Mängelansprüche sicherzustellen.“

• **§ 17 Nr. 4 Satz 2 eingefügt:**

„Bei Sicherheitsleistung durch Bürgschaft ist Voraussetzung, dass der Auftraggeber den Bürgen als tauglich anerkannt hat. Die Bürgschaftserklärung ist schriftlich unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage abzugeben (§ 771 BGB); sie darf nicht auf bestimmte Zeit begrenzt und muss nach Vorschrift des Auftraggebers ausgestellt sein. Der Auftraggeber kann als Sicherheit keine Bürgschaft fordern, die den Bürgen zur Zahlung auf erstes Anfordern verpflichtet.“

• **§ 17 Nr. 8 Abs. 1 geändert und Abs. 2 neu eingefügt:**

„(1) Der Auftraggeber hat eine nicht verwertete Sicherheit für die Vertragserfüllung zum vereinbarten Zeitpunkt, spätestens nach Abnahme und Stellung der Sicherheit für Mängelansprüche zurückzugeben, es sei denn, dass Ansprüche des Auftraggebers, die nicht von der gestellten Sicherheit für Mängelansprüche umfasst sind, noch nicht erfüllt sind. Dann darf er für diese Vertragserfüllungsansprüche einen entsprechenden Teil der Sicherheit zurückhalten. [...]“

(2) Der Auftraggeber hat eine nicht verwertete Sicherheit für Mängelansprüche nach Ablauf von 2 Jahren zurückzugeben, sofern kein anderer Rückgabezeitpunkt vereinbart worden ist. Soweit jedoch zu dieser Zeit seine geltend gemachten Ansprüche noch nicht erfüllt sind, darf er einen entsprechenden Teil der Sicherheit zurückhalten.“

• **§ 18 Nr. 2 Abs. 1 geändert und Abs. 2 neu eingefügt:**

„(1) Entstehen bei Verträgen mit Behörden Meinungsverschiedenheiten, so soll der Auftragnehmer zunächst die der auftraggebenden Stelle unmittelbar vorgesetzte Stelle anrufen. Diese soll dem Auftragnehmer Gelegenheit zur mündlichen Aussprache geben und ihn möglichst innerhalb von 2 Monaten nach der Anrufung schriftlich bescheiden und dabei auf die Rechtsfolgen des Satzes 3 hinweisen. Die Entscheidung gilt als anerkannt, wenn der Auftragnehmer nicht innerhalb von 3 Monaten nach Eingang des Bescheides schriftlich Einspruch beim Auftraggeber erhebt und dieser ihn auf die Ausschlussfrist hingewiesen hat.

(2) Mit dem Eingang des schriftlichen Antrages auf Durchführung eines Verfahrens nach Nr. 2 Abs. 1 wird die Verjährung des in diesem Antrag geltend gemachten Anspruchs gehemmt. Wollen Auftraggeber oder Auftragnehmer das Verfahren nicht weiter betreiben, teilen sie dies dem jeweils anderen Teil schriftlich mit. Die Hemmung endet 3 Monate nach Zugang des schriftlichen Bescheides oder der Mitteilung nach Satz 2.“