

Newsletter

der Rechtsanwälte Dres. Theißen & Stollhoff

Baurecht, Immobilienrecht, Ingenieurrecht, Vergaberecht

AKTUELLES AUS DER RECHTSPRECHUNG

Baurecht

Kein Kostenvorschuss für Mängelbeseitigung während eines selbständigen Beweisverfahrens

OLG Nürnberg, U. v. 27.6.03 – 6 U 3219/01

LEITSATZ

Ein Anspruch des Bestellers auf Zahlung eines Vorschusses für die Kosten der Mängelbeseitigung besteht nicht, wenn Mängelbeseitigungsarbeiten in überschaubarer Zeit nicht ausgeführt werden können.

HINWEIS

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes kann der Bauherr, wenn der Unternehmer die ihm vom Bauherrn gesetzte Nacherfüllungsfrist zur Mängelbeseitigung fruchtlos verstreichen lässt, vom nacherfüllungspflichtigen Unternehmer einen die voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten deckenden Vorschuss verlangen. Ein Vorschuss scheidet aber insbesondere dann aus, wenn die Nacherfüllung nicht durchgeführt werden kann oder Grund zu der

Annahme besteht, dass der Bauherr die Mängel nicht oder nicht unverzüglich beseitigen will. Letzteres hat das OLG Nürnberg im zu entscheidenden Fall bejaht. Die vom Bauherrn beabsichtigten Mängelbeseitigungsarbeiten werden nicht in überschaubarer Zeit ausgeführt

INHALT

Aktuelles aus der Rechtsprechung	1
Nachrichten aus der Bau- und Immobilienwirtschaft	
➤ Novellierung des Baugesetzbuches (BauGB)	2
➤ Indizes jetzt auf neuer Basis 2000 = 100	4
➤ Bayern startet die Online-Vergabe von Bauleistungen	5
➤ VOL/B-Novelle in Kraft getreten	6
➤ Vergabeinformationssystem (VIS) des Deutschen Städte- und Gemeindebundes freigeschaltet	8
Dres. Theißen & Stollhoff - Intern	9
Auf einen Blick	
➤ Vertragliche Sicherungsmittel im Bauvertrag	11

Editorial

Der vorliegende dritte Newsletter des Jahres 2003 beinhaltet zahlreiche aktuelle Urteile aus den Bereichen des Bau-, Architekten-, Vergabe- und Immobilienrechts.

Weiterhin finden Sie Informationen zur Novellierung des Baugesetzbuches und zur neuen VOL/B.

Die Praktiker-Rubrik "Auf einen Blick" fasst schließlich die wichtigsten vertraglichen Sicherungsmittel im Bauvertragsrecht systematisch zusammen.

Wir wünschen unseren Mandanten und Geschäftsfreunden ein erfolgreiches Neues Jahr 2004.

Dres. Theißen & Stollhoff

Impressum

Herausgeber:

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

Telefon (030) 399776-0

Telefax (030) 399776-22

werden können, da die Eigentümer der Wohnanlage ein umfangreiches selbständiges Beweisverfahren gegen den Bauherrn angestrengt haben und vor dessen – nicht absehbarem – Ende mit Mängelbeseitigungsarbeiten nicht einverstanden sind. Es sei daher nicht damit zu rechnen, dass es innerhalb eines Jahres – und einen längeren Zeitraum werde man einem Bauherrn in der Regel für die Mängelbeseitigung nicht zugestehen können – zur Mängelbeseitigung komme. Unter diesen Umständen scheidet nach Ansicht des OLG Nürnberg ein Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses aus.

den. Es kommt nicht darauf an, ob das Baugrundstück durch Leistungen des Bauunternehmers im Wert gestiegen ist (entgegen OLG Jena, NJW-RR 1999, 384). Der Anspruch auf Einräumung einer Bauhandwerkersicherungshypothek wird nicht durch das Verlangen einer Sicherheit gem. § 648 a BGB ausgeschlossen, sondern erst dadurch, dass diese Sicherheit erlangt ist.

HINWEIS

Die Sicherungshypothek gem. § 648 BGB sichert alle aus dem Werkvertrag herrührenden Forderungen des Unternehmers gegen den Besteller.

NOVELLIERUNG DES BAUGESETZBUCHES (BAUGB)

Die Bundesregierung hat am 15.10.2003 einen Gesetzesentwurf zur Novellierung des Baugesetzbuchs verabschiedet. Ziel der geplanten Novelle ist es, die Verfahrensschritte im Bereich der Bauleitplanung auf hohem Umweltschutzniveau zu vereinheitlichen und zu stärken. Es soll damit eine dem Leitbild der nachhaltigen Stadtentwicklung entsprechende zügige und sichere Planung ermöglicht werden. Städte und Gemeinden sollen in die Lage versetzt werden, mit einem modernen Planungsrecht den europäischen Herausforderungen zu begegnen.

Anlass des Gesetzesvorhabens ist die Umsetzung der EU-Richtlinie über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme (sog. Plan-UP-Richtlinie), die bis zum Sommer 2004 zu erfolgen hat. Das europaweit eingeführte Instrument der Umweltprüfung soll künftig in allen Bauleitplanverfahren nutzbar gemacht und vollständig in die bestehenden Verfahrensschritte der Bauleitplanung integriert werden. Zur Erleichterung der kommunalen Planungspraxis ist dabei angestrebt, die Umweltprüfung im Rahmen des Baugesetzbuchs als Trägerverfahren zur Vereinheitlichung der bislang nebeneinander stehenden planungsrechtlichen Umweltverfahren (Umweltverträglichkeitsprüfung, Verträglichkeitsprüfung nach der Fauna-Flora-Habitat-Richtlinie, naturschutzrechtliche Eingriffsregelung) zu nutzen. Die Umsetzung der Richtlinie bietet zugleich die Chance, das nationale Baurecht auf das europäische Recht neu auszurichten.

Neben dem Recht der Bauleitplanung soll auch das Recht der Raumordnung geändert und an die zwingenden Vorgaben des europäischen Rechts angepasst werden. Darüber hinaus soll das Raumordnungsgesetz um Regelungen ergänzt werden, die sich auf die deutsche ausschließliche Wirtschaftszone beziehen und es ermöglichen, für einzelne raumordnerische Funktionen in dieser Zone Ziele und Grundsätze der Raumordnung aufzustellen. Der Entwurf ist veröffentlicht unter www.bmvbw.de.

Bauhandwerkersicherungshypothek nach Vertragskündigung wegen eines Sicherheitsverlangens

OLG Düsseldorf, B. v. 14. 8. 2003 – 1 - 5 W 17/03

LEITSATZ

Für Vergütungsansprüche eines Bauunternehmers nach § 649 BGB kann die Einräumung einer Sicherungshypothek gem. § 648 BGB verlangt wer-

Hierzu gehören auch die Kosten zur Erwirkung der Hypothek oder der Vormerkung, Schadenersatzansprüche sowie der Restvergütungsanspruch des Unternehmers nach einer freien Kündigung des Bestellers. Letzteres hatte das OLG Jena mit dem Hinweis auf § 648 Abs. 1 S. 2 BGB verneint. Dagegen hat das OLG Düsseldorf – wie bereits schon das OLG Brandenburg – dies bejaht. Kündige der Besteller, dann könne der Bauunternehmer gem. § 649 S. 2 BGB die vereinbarte Vergü-

tung verlangen. Das lasse den Anspruch des Bauunternehmers auf Sicherheit gem. § 648 Abs. 1 BGB unberührt. Der Auftragnehmer könne für die nach § 649 S. 2 BGB zu berechnende Vergütung eine Bauhandwerkersicherungshypothek verlangen. Dem stehe auch nicht § 648 Abs. 1 S. 2 BGB entgegen. Denn das Werk sei hier nicht als „unvollendet“ im Sinne des Satzes 2 anzusehen. Infolge der Kündigung des Bestellers gem. § 649 Abs. 1 BGB habe sich die Leistungspflicht des Bauunternehmers auf das beschränkt, was er als „Werk“ bis zum Zeitpunkt der Kündigung hergestellt hatte. Die Kündigung mache diesen Zustand zum „vollendeten“ Werk, für das der Auftragnehmer die nach § 649 BGB zu berechnende Vergütung verdient habe.

Ob sich die Ansicht des OLG Düsseldorf oder des OLG Jena letztlich obergerichtlich durchsetzen wird, bleibt abzuwarten.

Herausgabe einer Gewährleistungsbürgschaft bei unwirksamer Sicherungsabrede

OLG Düsseldorf, U. v. 17. 6. 2003 – 23 U 234/02

LEITSATZ

Die vom BGH zur Vertragserfüllungsbürgschaft herangezogenen Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung dergestalt, dass der Unternehmer jedenfalls eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft schuldet (BGH, Newsletter 2-2003, S. 5), sind auf Gewährleistungsbürgschaften bei unwirksamer Sicherungsabrede nicht anwendbar.

HINWEIS

Im zu entscheidenden Fall hatte der Bauunternehmer gemäß einer Klausel der Bedingungen des Auftraggebers diesem eine unbefristete selbstschuldnerische Bürgschaft auf erstes Anfordern zu übergeben, um diesen zur Auszahlung des Sicherheitseinhalts in Höhe von 5% der Schlussrechnungssumme zu veranlassen. Das OLG Düsseldorf hält mit Hinweis auf die Rechtsprechung des BGH zur Bürgschaft auf erstes Anfordern diese Sicherungsabrede gem. § 9 Abs. 1 AGBGB a.F. (§ 307 Abs. 1 BGB) insgesamt für unwirksam. Der Unternehmer könne verlangen, dass der

Besteller die Bürgschaftsurkunde herausgibt. Insbesondere seien, so das OLG Düsseldorf, die zur Vertragserfüllungsbürgschaft vom BGH herangezogenen Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung, der Unternehmer schulde jedenfalls eine unbefristete, selbstschuldnerische Bürgschaft, auf Gewährleistungsbürgschaften dann nicht anwendbar sind, wenn die der Bürgschaftshingabe zu Grunde liegende Sicherungsabrede unwirksam ist und dieser Einwand auch gegenüber einer gewöhnlichen Bürgschaft erhoben werden kann. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf entspreche dies auch der Rechtsprechung des BGH, wonach die Fallumstände bei der Gewährleistungsbürgschaft mit denen der Vertragserfüllungsbürgschaft nicht vergleichbar seien.

Unwirksame außerordentliche Kündigung ist im Regelfall freie Kündigung

BGH, U. v. 24.7.2003 - VII ZR 218/02

LEITSATZ

1. Eine Kündigung, die ausschließlich für den Fall erklärt wird, dass ein außerordentlicher Kündigungsgrund nach § 8 Nr. 2 bis 4 VOB/B vorliegt, ist unwirksam, wenn ein solcher Grund nicht gegeben ist.

2. Ob eine außerordentliche Kündigung eines Bauvertrages auch als freie Kündigung nach § 649 Satz 1 BGB oder nach § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B verstanden werden kann, richtet sich nach dem Inhalt der Kündigungserklärung.

3. Im Regelfall ist die Kündigung eines Bauvertrages dahin zu verstehen, dass auch eine freie Kündigung gewollt ist. Will der Auftraggeber seine Kündigung nicht so verstanden wissen, muss sich das aus der Erklärung oder den Umständen ergeben.

HINWEIS

Der VII. Zivilsenat des BGH bestätigt damit seine bisherige Rechtsprechung zur Auslegung einer unwirksamen außerordentlichen Kündigung eines Bauvertrages. Allerdings ist eine solche Auslegung auf andere Vertragsarten nicht ohne weiteres möglich. Beim Bauvertrag ist auch zukünftig im Regelfall eine unwirksame außerordentlichen

INDIZES JETZT AUF NEUER BASIS 2000 = 100

Nachdem bereits im Februar 2003 das Statistische Bundesamt die Ergebnisse der Neuberechnung des Verbraucherpreisindizes auf Basis der Verbrauchsgewohnheiten des Jahres 2000 vorlegte, wurden erstmals auch die Baupreisindizes für August 2003 nach dem neuen Basisjahr 2000 veröffentlicht. Die neu berechneten Baupreisindizes können im Internetangebot des Statistischen Bundesamtes unter www.destatis.de abgerufen werden. Für privatrechtliche Verträge, die Wertsicherungsklauseln älterer Basisjahre enthalten, ist künftig eine Umrechnung erforderlich. Damit der Umstieg einfach und nutzerfreundlich vollzogen werden kann, bietet das Statistische Bundesamt unter www.destatis.de/wsk/ ein Internet - Programm zur eigenständigen Berechnung der Schwellenwerte an.

Kündigung als freie Kündigung auszulegen, mit der Folge, dass der Unternehmer auch die nicht erbrachten Leistungen abrechnen kann.

Will der Auftraggeber dies vermeiden, muss er durch seine Kündigungserklärung oder durch die Umstände die Beschränkung auf die außerordentliche Kündigung deutlich zum Ausdruck bringen. Allerdings besteht die Gefahr, dass die außerordentliche Kündigung unwirksam ist, wenn die Gründe nicht vorliegen. Insbesondere ist ein Nachschieben von Kündigungsgründen nicht möglich.

Unzulässigkeit einer sich selbst absichtenden MaBV-Bürgschaft

BGH, Urteil vom 6. 5. 2003 - XI ZR 33/02 (Karlsruhe)

LEITSATZ

Eine Vermischung der Sicherheiten des § 3 MaBV und des § 7 MaBV in der Form, dass sich eine Bürgschaft nach § 7 MaBV mit Baufortschritt reduziert, ist unzulässig.

HINWEIS

Die Vereinbarung in einem Bauträgerkaufvertrag, „der verbürgte Höchstbetrag vermindert sich jeweils um den Betrag, der nach dem obigen Kaufvertrag zur Zahlung fällig ist“, ist nach der Auffassung des BGH unwirksam. Sie verstößt zum Nachteil des Erwerbers gegen §§ 7 Abs. 1 S. 3, 12 MaBV.

Nach § 12 MaBV darf der Bauträger seine Verpflichtungen nach den §§ 2 bis 8 MaBV weder ausschließen noch beschränken. § 7 Abs. 1 S. 3 MaBV ordnet ausdrücklich an, dass die vom Bauträger zu gewährende Sicherheit aufrechtzuerhalten ist, bis die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 MaBV vorliegen und das Vertragsobjekt vollständig fertig gestellt ist. Der Erwerber soll dadurch einen angemessenen Ausgleich für die von ihm eingegangene Verpflichtung erhalten, die Vergütung für das herzustellende Werk sofort zu entrichten und nicht erst, entsprechend der gesetzlichen Regelung in § 641 Abs. 1 S. 1 BGB, bei Abnahme oder, wie es § 3 Abs. 2 MaBV gestattet, in Raten entsprechend dem Bauablauf nach Bauabschnitten.

Insbesondere ist nach Auffassung des BGH eine Vermischung bzw. Kombination von Sicherheiten unzulässig. Dies folge ohne weiteres bereits aus dem eindeutigen Wortlaut des § 7 Abs. 1 MaBV. Während Satz 3 dieser Vorschrift anordnet, dass die Sicherheit aufrechtzuerhalten ist, bis die Voraussetzungen des § 3 I MaBV vorliegen und das Vertragsobjekt vollständig fertig gestellt ist, lässt Satz 4 zwar den Austausch der von der MaBV angebotenen Sicherungssysteme zu, aber nicht deren Vermischung.

Architektenrecht

HOAI-Mindestsatzunterschreitung I

OLG Koblenz, U. v. 8.1.03 - 1 U 636/02

LEITSATZ

Ein Hauptunternehmer kann auf die Wirksamkeit einer Honorarvereinbarung mit dem Tragwerksplaner vertrauen, wenn er das unterhalb der Mindestsätze vereinbarte Honorar in sein Angebot gegenüber einem öffentlichen Auftraggeber ein-

kalkuliert hat und keine Möglichkeit besteht, das erst während der Baumaßnahme geforderte Mindesthonorar an den Bauherrn weiterzugeben.

HOAI-Mindestsatzunterschreitung II

OLG Oldenburg, U. v. 4.9.2003 - 8 U 103/03

LEITSATZ

Auftraggeber, die den Mindestsatzcharakter der HOAI kennen, sind nicht schutzwürdig, wenn sich der Auftragnehmer trotz entgegenstehender Vereinbarung auf die Mindestsätze beruft.

HINWEIS

Gem. § 4 Abs. 2 HOAI sind Honorarvereinbarungen nur „in Ausnahmefällen“ wirksam. In beiden vorstehenden Entscheidungen fehlte es an einem derartigen Ausnahmefall. Gleichwohl kann sich der Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung auf die mindestsatzunterschreitende Honorarvereinbarung und eine Bindung des Architekten hieran berufen, wenn sich der Architekt widersprüchlich verhält. Weitere Voraussetzung ist, dass der Auftraggeber auf die Wirksamkeit der Vereinbarung vertraut hat und vertrauen durfte. Letztlich muss sich der Auftraggeber hierauf derart eingerichtet haben, dass ihm die Zahlung des Differenzbetrags bis zum Mindestsatz nicht zugemutet werden kann. Diese vier Voraussetzungen müssen kumulativ gegeben sein.

Das OLG Koblenz nahm in seiner Entscheidung eine umfassende Abwägung vor und versagte dem Ingenieur unter Hinweis auf den Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB den Anspruch auf die Mindestsätze nach der HOAI. Zur Begründung führte das Gericht die fehlende Möglichkeit des Unternehmers an, diese Mehrbelastung an den Bauherrn weiterzugeben. So habe sich der Hauptunternehmer auf die Wirksamkeit der Vereinbarung eingerichtet und das Angebot des Ingenieurs seinem Angebot gegenüber dem Bauherrn zu Grunde gelegt. Weiterhin hatte der Unternehmer vier Teilrechnungen auf Grundlage der Honorarvereinbarung erstellt und erst eineinhalb Jahre später seine Abrechnungsweise geändert.

In der Entscheidung des OLG Oldenburg war beiden Parteien zweifellos die HOAI und ihr Mindestpreischarakter bekannt. Dieser Umstand ist bedeutsam für die Voraussetzung der Bindungswirkung, nämlich ob der Auftraggeber auf die Wirksamkeit der Vereinbarung vertrauen durfte. Nach allgemeiner Ansicht sind Auftraggeber, die den Mindestsatzcharakter der HOAI kennen, nicht schutzwürdig.

LAND BAYERN STARTET DIE ONLINE-VERGABE VON BAULEISTUNGEN

Die Vergabeplattform "www.vergabe.bayern.de" ist ab sofort im Internet für die Öffentlichkeit freigeschaltet. Mit ihr wickelt die Hochbauverwaltung des Freistaats Bayern Vergabeverfahren für Bauaufträge nach der "Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen" (VOB) auch elektronisch über das Internet ab. Die neue Lösung für die digitale Ausschreibung und Vergabe soll die Arbeitsabläufe bei Vergabeverfahren erheblich vereinfachen und verkürzen. Zunächst werden die Bauausschreibungen der staatlichen Hochbauämter Landshut und Bad Kissingen und der Universitätsbauämter Würzburg und Regensburg digital zu beziehen sein. Zug um Zug sollen alle staatlichen Bauämter des Freistaats an das System angeschlossen werden.

Mängelhaftung des Bodengutachters und des Architekten

BGH, U. v. 10. 7. 2003 - VII ZR 329/02

LEITSATZ

1. Beauftragt ein Bauherr in selbstständigen Verträgen einen Architekten und einen Sonderfachmann (hier: Bodengutachter), so ist der Sonderfachmann regelmäßig nicht Erfüllungsgehilfe des Bauherrn in dessen Vertragsverhältnis mit dem Architekten. Entsprechendes gilt für den Architekten im Vertragsverhältnis zwischen Bauherrn und Sonderfachmann.

2. Der Architekt muss die Fachkenntnisse aufweisen, die für die Durchführung seiner Aufgaben erforderlich sind. Ein Architekt kann sich nicht darauf berufen, dass ihm an der Universität die für die Erfüllung der Aufgaben notwendigen Fachkenntnisse nicht vermittelt worden sind.

HINWEIS

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist der vom Bauherrn beauftragte Sonderfachmann regelmäßig nicht Erfüllungsgehilfe des Bauherrn in dessen Vertragsverhältnis zum Architekten. Schließt der Bauherr mit beiden selbstständige Verträge ab, haftet jeder von beiden nur für die Erfüllung der von ihm in seinem Vertrag übernommenen Verpflichtungen. Ob der Sonderfachmann ausnahmsweise als Erfüllungsgehilfe des Bauherrn gehandelt hat, ist jeweils im Einzelfall anhand der konkreten vertraglichen Beziehungen zwischen den Beteiligten zu beurteilen. Anhaltspunkte für einen solchen Ausnahmefall waren im vorliegenden Fall nach Auffassung des BGH nicht gegeben. Insbesondere führe allein der Umstand, dass das Bodengrundgutachten auch Hinweise zur Trockenhaltung des Bauwerks enthielt, die für die Abdichtung des Kellermauerwerks von Bedeutung waren, zu keiner anderen Beurteilung.

Private Ausschreibung unter Beachtung der HOAI?

BGH, U. v. 15.5.2003 - I ZR 292/00

LEITSATZ

Ein Bauunternehmer, der Ingenieurleistungen ausschreibt, ist wettbewerbsrechtlich nicht für die etwaige Nicht-Einhaltung von HOAI-Abrechnungsbestimmungen (Unterschreiten der Mindestsätze) durch den anbietenden Ingenieur verantwortlich, wenn er hierzu nicht bewusst auffordert; er kann grundsätzlich darauf vertrauen, dass der Ingenieur wettbewerbsrechtlich einwandfrei anbietet.

HINWEIS

Nach Ansicht des BGH haftet der ausschreibende Unternehmer grundsätzlich nicht wettbewerbsrechtlich als "Störer" bei einer Mindestsatzunterschreitung nach HOAI. Das Gebot, das zwingende Preisrecht der HOAI einzuhalten und keine Mindestsätze zu unterschreiten, bindet die anbietenden Architekten und Ingenieure und nicht die nachfragenden Unternehmer. Allerdings räumt der BGH zugleich ein, dass sich durchaus eine wettbewerbsrechtliche Verantwortung auch des Nachfragers ergeben kann. Dies bejaht die Rechtsprechung schon dann, wenn er an einem Wett-

VOL/B-NOVELLE IN KRAFT GETRETEN

Im vergangenen Jahr ist bereits Teil B der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB/B 2002) novelliert worden und in geänderter Fassung im Februar dieses Jahres in Kraft getreten. Unerledigt blieb bislang die inhaltliche Neufassung des Teils B der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/B 2003). Die neue VOL/B 2003 löst diejenige VOL-Fassung ab, die im Februar mit dem alten Wortlaut zunächst in Kraft getreten war. Der Sache nach bezieht sich die neue VOL/B in insgesamt 19 Paragraphen auf Verträge über Leistungen insbesondere aus dem dienst-, kauf- und werkvertraglichen Bereich und Verträge über die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen mit Ausnahme von Bauleistungen. Der Wortlaut der VOL/B 2003 ist bereits im Newsletter 2-2003, dort S. 11 abgedruckt.

Praktisch bedeutsam sind die Regelungen zur Vertragsstrafe nach § 11 VOL/B 2003, wonach nunmehr eine angemessene Obergrenze festzulegen ist, sowie zur Sicherheitsleistung nach § 18 VOL/B. Soweit nichts anderes vereinbart ist, sind Sicherheitsleistungen unter den Voraussetzungen des § 14 VOL/A erst ab einem Auftragswert von 50000 Euro zulässig. In § 14 VOL/B ist die Terminologie der Schuldrechtsreform angepasst worden („Mängelansprüchen“ statt „Gewährleistung“). Inhaltlich wurden die Verjährungsfristen u.a. grundsätzlich von bislang sechs Monaten auf „die gesetzlichen Fristen“ angehoben. Die Vorschrift enthält allerdings auch eine individualvertragliche Öffnungsklausel.

bewerbsverstoß des Ingenieurs beteiligt ist, indem er hieran in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal mitwirkt. Bereits die Unterstützung oder Ausnutzung der Handlungsweise des eigenverantwortlich handelnden Dritten kann genügen, wenn die rechtliche Möglichkeit bestand, diesen Verstoß zu verhindern. Voraussetzung ist aber das Bestehen zumutbarer Verhaltens- und Prüfungspflichten. Maßgebend sind die Gegebenheiten des jeweiligen Einzelfalls.

Im zu entscheidenden Fall bestand die Verpflichtung, nach HOAI anzubieten und abzurechnen, nur für die anbietenden Ingenieure, nicht auch für den nachfragenden Unternehmer. Dieser musste daher seine Ausschreibung nicht von vornherein "HOAI-gerecht" ausgestalten. Fehlten dort wesentliche Informationen, durfte der Unternehmer insbesondere erwarten, dass der kalkulierende Anbieter nachfragt.

Vergaberecht

Verjährungsbeginn für Schadensersatzansprüche aus fehlerhafter Vergabe

OLG Koblenz, U. v. 18.7.2003 - 10 U 1002/02

LEITSATZ

1. Die kurze Verjährungsfrist beginnt mit Schluss des Jahres, in dem der Geschädigte von dem pflichtwidrigen Verhalten und der Person des dafür Verantwortlichen Kenntnis erlangt.
2. Diese Kenntnis erlangt der Geschädigte bei Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens erst mit Mitteilung des Nachprüfungsergebnisses.

HINWEIS

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH kommt durch eine den Regeln der VOB/A folgende Ausschreibung und die Beteiligung eines Bieters am Ausschreibungsverfahren zwischen den Verhandlungsparteien ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis zustande, das zu gegenseitiger Rücksichtnahme verpflichtet und auf beiden Seiten Sorgfaltspflichten begründet, deren schuldhaft Verletzung zu Schadensersatzansprüchen unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluss führen. Im vorliegenden Rechtsstreit bejahte das OLG Koblenz einen solchen Schadens-

ersatzanspruch des übergangenen Bieters. Insbesondere war der Anspruch vorliegend noch nicht verjährt. Ein solcher Ersatzanspruch verjährt in der kurzen Verjährungsfrist, die für den Erfüllungsanspruch aus dem angebahnten Vertragsverhältnis gelte. Diese betrage bei dem hier maßgeblichen werkvertraglichen Vergütungsanspruch zwei Jahre (§ 196 Abs. 1 BGB a.F.). Die Verjährung beginne gemäß §§ 198, 201 BGB a.F. mit Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden sei. Der Lauf der Verjährung beginnt allerdings nicht vor Kenntnis der Klägerin von den für die Ersatzpflicht maßgebenden Umständen zu laufen. Vorliegend hatte der übergangene Bieter erst durch Mitteilung der Vergabeprüfstelle erfahren, dass die Vergabeentscheidung nicht nach den Vorschriften der VOB/A erfolgt sei und bei ordnungsgemäßer Handhabung der Vergabevorschriften er den Zuschlag hätte erhalten müssen. Die Entscheidung des OLG Koblenz, der zwar noch die durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz aufgehobenen "alten" Verjährungsvorschriften zu Grunde liegen, entfaltet weitreichende Bedeutung für die Auslegung der nunmehr geltenden Verjährungsvorschriften. Für die Frage, wann eine solche Kenntnis bei einem Bieter vorliegt, der sich gegen die rechtswidrige Vergabep Praxis einer Vergabestelle wendet, dürften auch künftig die zuvor geschilderten Ausführungen des OLG Koblenz anwendbar sein.

Nachträgliches Verlangen von Referenzen in den Verdingungsunterlagen

OLG Naumburg, B. v. 9.9.2003 - 1 Verg 5/03

LEITSATZ

In einer EU-weiten Ausschreibung sind die geforderten Eignungsnachweise bereits in der Vergabebekanntmachung eindeutig zu benennen. Der öffentliche Auftraggeber darf in den Verdingungsunterlagen weder zusätzliche noch andere Belege für den Eignungsnachweis fordern oder gestatten. Der bloße Verweis auf Nachweise "gemäß §§ 7, 7a VOL/A" in der Vergabebekanntmachung beinhaltet nicht das Verlangen der Vorlage von Referenzen.

HINWEIS

Gemäß § 7a Nr. 2 Abs. 3 VOL/A muss bereits in der Bekanntmachung angegeben sein, welche Eignungsnachweise vorzulegen sind. Referenzen waren in der streitgegenständlichen Bekanntmachung nicht gefordert worden, auch nicht durch den Hinweis auf die §§ 7, 7a VOL/A. Zwar erwähnt § 7a Nr. 2 Abs. 2 VOL/A auch Referenzen. Dies aber nicht als Forderung, sondern nur als eine von verschiedenen fakultativ und alternativ zur Verfügung stehenden Möglichkeiten zum Nachweis der Eignung. Auf die Nennung der Referenzen in den Verdingungsunterlagen kommt es nicht an, weil die Verdingungsunterlagen keine Belege für den Eignungsnachweis fordern dürfen, die nicht bereits zuvor bekannt gemacht worden sind. Und selbst wenn die Vergabebekanntmachung Referenzen als obligatorischen Eignungsnachweis verlangt hätte, hätte der Bieter erst nach einer erfolglosen Aufforderung zur Nachreichung der Unterlagen ausgeschlossen werden dürfen, weil die Ausschreibungsunterlagen keine automatische Ausschlussfrist für die Vorlage bestimmt hatten.

Immobilienrecht**Rechtsfolgen vorbehaltloser Mietzahlung in Mangelkenntnis**

BGH, U. v. 16. 7. 2003 - VIII ZR 274/02

LEITSATZ

1. Hat ein Wohnungsmieter, dessen Mietvertrag vor dem In-Kraft-Treten des Mietrechtsreformgesetzes am 1. 9. 2001 geschlossen worden ist, in entsprechender Anwendung des § 539 BGB a.F. sein Recht zur Minderung der Miete verloren, weil er den Mangel längere Zeit nicht gerügt und die Miete ungekürzt und vorbehaltlos weiter gezahlt hat, so verbleibt es hinsichtlich der bis zum 1. 9. 2001 fällig gewordenen Mieten bei diesem Rechtsverlust. Die Bestimmungen des Mietrechtsreformgesetzes und der hierzu ergangenen Übergangsvorschriften führen nicht zu einem Wiederaufleben des Minderungsrechts.

2. Für nach dem In-Kraft-Treten des Mietrechtsreformgesetzes fällig gewordene Mieten scheidet eine analoge Anwendung des § 536b BGB, der an

die Stelle des § 539 BGB a.F. getreten ist, aus. Insoweit beurteilt sich die Frage, ob und in welchem Umfang ein Mieter wegen eines Mangels der Wohnung die Miete mindern kann, ausschließlich nach § 536c BGB. Dies gilt auch für Mietverträge, die vor dem 1. 9. 2001 abgeschlossen worden sind.

**VERGABEINFORMATIONSSYSTEM
(VIS) DES DEUTSCHEN STÄDTE-
UND GEMEINDEBUNDES
FREIGESCHALTET**

Der Deutsche Städte- und Gemeindebund (DStGB) hat am 1. September in Berlin das neue Vergabeinformationssystem (VIS) für über 13.000 Kommunen freigeschaltet. Unter der zentralen Internet-Adresse www.dstgb-vis.de können sich Städte und Gemeinden umfassend über alle neuen Entwicklungen im Bereich der Elektronischen Vergabe informieren. Wichtigster Bestandteil des neuen Internet-Portals ist eine Datenbank-anwendung, mit der die kommunalen Bauverwaltungen ihre gesamten Vergabeunterlagen direkt im Internet veröffentlichen können. Ziel ist es, die Nutzung der elektronischen Kommunikation zwischen Städten und Gemeinden und dem örtlichen Baugewerbe zu verbessern und die Nutzung des elektronischen Vergabeverfahrens in Deutschland weiter voranzutreiben. Mit der vom DStGB angebotenen Technologie werden alle Prozesse der digitalen Auftragsvermittlung - von der Ankündigung eines Bauvorhabens bis hin zur rechtskonformen Angebotsabgabe nach VOB/Teil A und dem digitalen Austausch der Vergabeunterlagen - abgebildet. Schon heute bietet die Datenbank ständig über 90.000 Ausschreibungen, darunter rund 3.600 Bekanntmachungen der öffentlichen Hand.

3. Soweit hiernach das Minderungsrecht des Mieters nach dem 1. 9. 2001 nicht entsprechend der bisherigen Rechtsprechung zur analogen Anwendung des § 539 BGB a.F. erloschen ist, bleibt jedoch zu prüfen, ob der Mieter dieses Recht unter den strengeren Voraussetzungen der Verwir-

DRES. THEIBEN & STOLLHOFF**INTERN****KURZRÜCKBLICK AUF DAS JAHR 2003:****➤ Mandate öffentlicher Auftraggeber**

Im **Baurecht** vertritt die Kanzlei bundesweit zahlreiche Kommunen und kommunale Unternehmen. Schwerpunkte sind hier die Nachtragsabwehr, die Durchsetzung von Mängelansprüchen sowie selbständige Beweisverfahren. Für ein Bundesland führt die Kanzlei Dres. Theißen & Stollhoff mehrere Bauprozesse zur Abwehr unberechtigter Nachträge. Im Bereich des **Vergaberechts** begleitet die Kanzlei mehrere europaweite Ausschreibungen öffentlicher Auftraggeber im Infrastrukturbereich. Allgemeine **vertragsrechtliche Beratungen** erfolgten speziell auch für öffentliche Verkehrsunternehmen und Stadtwerke. Für eine Gebietskörperschaft wurde ein umfängliches **verfassungsrechtliches Gutachten** erstellt.

➤ Mandate aus den Bereichen Energie, Immobilien, Finanzen

Die erfolgreiche **energierechtliche** Beratung wurde fortgeführt. Bundesweit agierende Bauträger sowie Fondsgesellschaften deutscher Banken wurden in **baurechtlichen, architektenrechtlichen** und **gewerbemietrechtlichen** Fragen begleitet. Das **Notariat** der Kanzlei war insbesondere im Bereich gesellschaftsrechtlicher Umstrukturierungen tätig.

➤ Fachseminare

Im Jahre 2003 wurden erneut zahlreiche Fachseminare insbesondere für die öffentliche Hand, Verkehrsunternehmen und Planungsgesellschaften durchgeführt.

kung (§ 242 BGB) oder des stillschweigenden Verzichts verloren hat.

HINWEIS

Immer wieder kommt es zwischen den Parteien eines Mietverhältnisses zu Streitigkeiten darüber, ob der Mieter sein Recht zur Minderung der Miete dadurch verliert, dass er den Mangel längere Zeit nicht gerügt und die Miete ungekürzt und vorbehaltlos weiter gezahlt hat. Eine unmittelbare gesetzliche Regelung fehlt. Daher hatte der BGH in ständiger Rechtsprechung den Grundsatz entwickelt, dass der Mieter das Recht zur Mietminderung wegen eines nachträglich eingetretenen oder ihm bekannt gewordenen Mangels der Mietsache in entsprechender Anwendung des § 539 BGB a.F. verliert, wenn er die Miete ungekürzt, über einen längeren Zeitraum und ohne Vorbehalt

weiterzahlt. Dabei kann eine Frist von sechs Monaten im Regelfall als „längerer Zeitraum“ angesehen werden. Der Verlust des Minderungsrechts gilt analog § 539 BGB a.F. auch für die weiteren Mietraten.

Im vorzitierten bahnbrechenden Urteil hat der BGB entschieden, dass die bisherige Rechtsprechung zur analogen Anwendung des § 539 BGB a.F. nicht mehr für nach dem 1. 9. 2001 fällig gewordene Mieten herangezogen werden kann. Ein Verlust des Minderungsrechts ist künftig nur noch unter den strengeren Voraussetzungen der Verwirkung (§ 242 BGB) möglich. Einer analogen Anwendung des § 536b BGB auf während der Mietzeit auftretende Mängel (§ 536c BGB) im Sinne der bisherigen Rechtsprechung steht der eindeutige Wille des Gesetzgebers des Mietrechtsreformgesetzes entgegen. Dieser hatte in

Kenntnis der bisherigen ständigen Rechtsprechung des BGH auf eine entsprechende gesetzliche Regelung im Mietrechtsreformgesetz bewusst verzichtet.

Fortgeltung einer teilunwirksamen Mietkautionsabrede

BGH, U. v. 25.6.2003 - VIII ZR 344/02

LEITSATZ

Eine Mietkautionsabrede, nach der die Mietkaution in voller Höhe bei Abschluss des Mietvertrages fällig wird, ist hinsichtlich der Fälligkeitsabrede teilunwirksam, im Übrigen jedoch wirksam.

HINWEIS

Im zu Grunde liegenden Rechtsstreit hieß es im Wohnungsmietvertrag: „Die Sicherheitsleistung ist mit Abschluss des Mietvertrages zu erbringen“. Unstrittig verstößt diese Klausel über die Fälligkeit der Mietkaution gegen die zwingende Bestimmung des § 550 b I 3 BGB a. F., wonach der Wohnungsmieter berechtigt ist, die Sicherheitsleistung in drei gleichen monatlichen Teilzahlungen zu leisten. Allerdings stellte sich nunmehr die Frage, ob hierdurch die Kautionsabrede insgesamt unwirksam ist und die vom Mieter geleistete Kautionsleistung zurückgezahlt werden muss. Dies ist in der obergerichtlichen Rechtsprechung heftig umstritten. Der BGH entschied diesen Streit nunmehr dahingehend, dass die restliche Kautionsabrede in ihrer verbleibenden Fassung noch eine sprachlich und inhaltlich selbstständige Regelung darstelle, die dem Vertragszweck diene. Daher liege hier keine, von der bisherigen Rechtsprechung des BGH abgelehnte, geltungserhaltende Reduktion einer Formularklausel auf einen zulässigen Kern vor. Das Verbot geltungserhaltender Reduktion einer beanstandeten Klausel gelte nicht, wenn sich die Formularklausel aus sich heraus verständlich und sinnvoll in einen zulässigen und in einen unzulässigen Teil trennen lasse. Die Teilunwirksamkeit der Kautionsabrede sei auch, so heißt es in der Entscheidung weiter, mit dem Sinn und Zweck des § 550 b BGB a. F. vereinbar. Im Hinblick auf den marktwirtschaftlichen Schutzzweck der Norm sei es verfehlt, eine Kautionsregelung insgesamt

für unwirksam zu erklären, weil eine Teilregelung zur Fälligkeit gegen das Gesetz verstoße, da andernfalls die berechtigten Interessen des Vermieters an einer Sicherheit und damit auch an der wirtschaftlichen Nutzbarkeit der Wohnung außer Acht blieben. Der Mieter sei dagegen zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet, die Kautionsleistung vor der gesetzlichen Fälligkeit zu entrichten.

Fortgeltung längerer Kündigungsfristen für Mieter in Wohnungsmietverträgen

BGH, U. v. 18.6.2003 – VIII ZR 240/01, 324/02, 355/02

LEITSATZ

§ 573c Abs. 4 BGB ist auf Formularklauseln in einem vor dem 01.09.2001 abgeschlossenen Mietvertrag, die hinsichtlich der Kündigungsfristen die damalige gesetzliche Regelung wörtlich oder sinngemäß wiedergeben, nach Art. 229 § 3 Abs.10 EGBGB nicht anzuwenden.

HINWEIS

Seit dem 01.09.2001 beträgt die gesetzliche Kündigungsfrist bei Wohnraummietverträgen unabhängig von der Dauer des Mietverhältnisses für den Mieter nur noch drei Monate, § 573 c Abs. 1 BGB. Vor dem 01.09.2001 abgeschlossene Mietverträge enthalten jedoch häufig Formularklauseln, die die nach Vertragsdauer gestaffelten Kündigungsfristen des – inzwischen aufgehobenen – § 565 Abs. 2 BGB a.F. wörtlich oder sinngemäß wiederholen. Die Kündigungsfrist für Mieter beträgt danach bis zu 12 Monate. Ob hierin eine – fortbestehende – Vereinbarung längerer Kündigungsfristen zu sehen ist, wurde von den Gerichten bislang unterschiedlich entschieden. Der Bundesgerichtshof hat die Frage nun in den drei vorgenannten Grundsatzentscheidungen bejaht. Danach ist grundsätzlich von einer Fortgeltung der in alten Mietverträgen genannten Kündigungsfristen auszugehen. Auf die Frage, ob die Mietvertragsparteien diese Kündigungsfristen tatsächlich vereinbaren wollten oder ob die Klausel nur der Information des Mieters diene, dürfte es danach nicht mehr ankommen.

— Auf einen Blick —

Vertragliche Sicherungsmittel im Bauvertrag

GRUNDSÄTZLICHES

Um eine Sicherheit beanspruchen zu können, ist stets eine Vereinbarung über die Sicherheitsleistung selbst zwischen den Bauparteien erforderlich. Eine Vereinbarung über eine Sicherheitsleistung kann hierbei zu Gunsten des Auftraggebers (AG) aber auch des Auftragnehmers (AN) erfolgen. Der bloße Verweis auf die VOB/B genügt nicht. Ferner muss bei der Vereinbarung einer Sicherheitsleistung Form, Höhe und der Zeitraum bestimmt sein. Anderenfalls könnte die Abrede wegen unzureichender Bestimmtheit unwirksam sein. Allerdings ist eine entsprechende Vereinbarung auslegungsfähig. So kommt als Zeitraum für die Sicherheitsleistung in der Regel die Dauer der Gewährleistungsfrist in Betracht. Besondere Sicherheitsleistungen sowie Sicherungspflichten sieht die Bauvertragverordnung in den §§ 2, 3 MaBV vor.

BGB-BAUVERTRAG

Enthält der BGB-Bauvertrag eine Verpflichtung zur Sicherheitsleistung, so sind hierfür die gesetzlichen Vorschriften der §§ 232 ff. BGB maßgebend, in denen die Mittel der Sicherheitsleistung abschließend aufgezählt sind:

Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren

Verpfändung von Forderungen oder beweglichen Sachen

Bestellung von Hypotheken

Stellung eines tauglichen Bürgen

VOB-BAUVERTRAG

Für den VOB-Bauvertrag regelt § 17 VOB/B die Einzelheiten einer Sicherheitsleistung. Soweit sich aus § 17 VOB/B nichts anderes ergibt, gelten im Übrigen die §§ 232 ff. BGB. Wenn im Vertrag nichts anderes vereinbart ist, kann Sicherheit geleistet werden durch:

Einbehalt von Geld

Hinterlegung von Geld

Stellung eines tauglichen Bürgen

BESONDERHEITEN IM VOB-BAUVERTRAG

Der AN hat die Wahl unter den verschiedenen Arten der Sicherheit und kann auch eine Sicherheit durch eine andere ersetzen. Bei Sicherheitsleistung durch Bürgschaft ist Voraussetzung, dass der AG den Bürgen als tauglich anerkannt hat; die Bürgschaftserklärung ist im Übrigen schriftlich unter Verzicht auf die Einrede der Vorausklage abzugeben, darf nicht auf eine bestimmte Zeit begrenzt und muss nach Vorschrift des AG ausgestellt sein, § 17 Nr. 4 VOB/B. Der AG kann als Sicherheit keine Bürgschaft fordern, die den Bürgen zur Zahlung auf erstes Anfordern verpflichtet. Wird Sicherheit durch Hinterlegung von Geld geleistet, so hat der Auftraggeber den Betrag bei einem zu vereinbarenden Geldinstitut auf ein Sperrkonto einzuzahlen, über das beide Parteien nur gemeinsam verfügen können; etwaige Zinsen stehen dem Auftragnehmer zu, § 17 Nr. 5 VOB/B. Die Sicherheitsleistung durch Einbehalt von Geld regelt § 17 Nr. 6 VOB/B.

VERWERTUNG DER SICHERHEITSLEISTUNG

Hat der AG gegenüber dem AN Gegenansprüche, also insbesondere Gewährleistungsansprüche, muss er zunächst auf die vereinbarte Sicherheitsleistung zurückgreifen. Hat der AN vereinbarungsgemäß Sicherheit für etwaige Mängel geleistet, darf der AG den restlichen Werklohn bei Eintritt eines Mangels nicht mit der Begründung zurückhalten, dass in der Gewährleistungsfrist noch weitere Mängel auftreten könnten. Er kann den restlichen Werklohn nur insoweit verweigern, als er nachweist, dass seine Gewährleistungsansprüche die Höhe der Sicherheit übersteigen. Allerdings kann sich der AG auf ein Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB) oder auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB) stützen.

Wird ein Bauvertrag infolge einer Kündigung aufgelöst, ist damit der Sicherheitseinbehalt nicht vorzeitig fällig. Wegen der erbrachten Teilleistungen bleibt es bei dem Recht zum Sicherheitseinbehalt, da Gewährleistungsansprüche grundsätzlich durch die Kündigung nicht berührt werden.