

# Newsletter

TSP Theißen Stollhoff & Partner Rechtsanwalts-gesellschaft

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

## AKTUELLES AUS DER RECHTSPRECHUNG

## Editorial

### Vergaberecht

#### Beschränkung des Primärrechtsschutzes im Vergaberecht oberhalb bestimmter Schwellenwerte verfassungsgemäß

BVerfG, B.v. 13.06.2006 – 1 BvR 1160/03 –

#### LEITSATZ

1. Der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG bindet staatliche Stellen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge.
2. Die in der Rechtsordnung dem übergangenen Konkurrenten eingeräumten Möglichkeiten des Rechtsschutzes gegen Entscheidungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge mit Auftragssummen unterhalb der Schwellenwerte genügen den Anforderungen des Justizgewährungsanspruchs (Art. 20 Abs. 3 GG).
3. Es verletzt nicht den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG), dass der Gesetzgeber den Rechtsschutz gegen Vergabeentscheidungen unterhalb der Schwellenwerte anders gestaltet hat als den gegen Vergabeentscheidungen, die die Schwellenwerte übersteigen.

#### HINWEIS

Für die Auftragsvergabe unterhalb der Schwellenwerte gilt der

#### Inhalt

<b>Aktuelles aus der Rechtsprechung</b>	<b>1</b>
<b>Nachrichten aus der Bau- und Immobilienwirtschaft</b>	
➤ Reform des Vergaberechts	2
➤ Ausbau des Flughafens Leipzig/Halle	4
➤ Wirtschaftliche Lage im November 2006	5
➤ Keine Berücksichtigung von CBL-Erlösen	6
➤ Gebührenordnungen europakonform	7
<b>TSP Theißen Stollhoff &amp; Partner - Intern</b>	<b>9</b>
<b>Auf einen Blick</b>	
Drohende Verjährung zum Jahresende	10

4. Teil des GWB nicht. Maßgebend für die Vergabe derartiger Aufträge sind das Haushaltsrecht des Bundes und der Länder sowie Verwaltungsvorschriften. Ein Primärrechtsschutz, d. h. die gerichtliche Kontrolle eines laufenden

Zum Jahreswechsel erhalten Sie den aktuellen Newsletter, Ausgabe 3-2006, der TSP Theißen Stollhoff & Partner Rechtsanwalts-gesellschaft. Der Newsletter, Ausgabe 3-2006, informiert Sie über wichtige neue Urteile und aktuelle Entwicklungen im Vergabe-, Bau- und Immobilienrecht. Hervorzuheben ist die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit des Vergaberechtsschutzes. Wichtig sind ferner die Entscheidungen des Kammergerichts zur Verjährung von Bürgschaftsansprüchen sowie des OLG Frankfurt zur Geltendmachung von Zurückbehaltungsrechten.

Für das neue Geschäftsjahr 2007 wünschen wir unseren Mandanten und Geschäftsfreunden Gesundheit und allen erdenklichen Erfolg.

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

Vergabeverfahrens, ist hier nicht vorgesehen. Die erfolglosen Bewerber erfahren von ihrer Nichtberücksichtigung zumeist erst mit oder nach dem Zuschlag. Unterhalb der Schwellenwerte sind erfolglose Bewerber in aller Regel vom Primärrechtsschutz ausgeschlossen und auf Geltendmachung sekundärer Schadensersatzansprüche beschränkt. Diese Beschränkung des Primärrechtsschutzes wurde im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht gerügt. Die Verfassungsbeschwerde hatte keinen Erfolg. Der 1. Senat stellte fest, es sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber den Rechtsschutz gegen Vergabeentscheidungen unterhalb der Schwellenwerte anders gestaltet hat als den gegen Vergabeentscheidungen, die die Schwellenwerte übersteigen.

### **Verlangen nach Abgabe einer Tariftreuerklärung verfassungsgemäß**

BVerfG, B.v. 11.07.2006 – 1 BvL 4/00 –

#### **LEITSATZ**

1. (...)
2. Die Tariftreuerregelung des § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln berührt das Grundrecht der Koalitionsfreiheit aus Art. 9 Abs. 3 GG nicht und verletzt nicht das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG.

#### **HINWEIS**

Das Berliner Vergabegesetz (VgG Bln) verpflichtet Berliner Vergabestellen, Bauleistungen mit der Auflage zu vergeben, dass die Unternehmen ihre Arbeitnehmer bei der Ausführung nach den jeweils in Berlin geltenden Tarifen entlohnen. Ähnliche Tariftreuerregelungen gibt es auch in anderen Bundesländern. Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs, der über eine Rechtsbeschwerde im Rahmen der Vergabe von Straßenbauaufträgen zu entscheiden hatte, hielt die Regelung für verfassungswidrig und hat sie dem Bundesverfassungsgericht zur Prüfung vorgelegt. Der 1. Senat des Bundesverfassungsgerichts

entschied, dass die Tariftreuerregelung in § 1 Abs. 1 Satz 2 VgG Bln mit dem Grundgesetz vereinbar ist.

#### **REFORM DES VERGABERECHTS**

Die Neuregelungen im Vergaberecht werden erläutert in zwei Einführungserlassen des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung, welche auch im Internet verfügbar sind. Es handelt sich um den

- Einführungserlass vom 30.10.2006 betreffend die Änderungen der am 01.11.2006 in Kraft getretenen neuen Vergabeverordnung (VgV) sowie die Änderungen in der VOB/A und VOB/B und den
- Einführungserlass vom 17.11.2006. Letzterer betrifft die Änderungen in der Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF).

Die zum 01.11.2006 in Kraft getretenen Änderungen im Vergaberecht beziehen sich zu einem Großteil auf die Umsetzung europarechtlicher Vorgaben (EU-Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG sowie EuGH-Entscheidungen der letzten Zeit). Nach wie vor steht die sog. „zweite Stufe“ der Vergaberechtsreform aus. Die Bundesregierung hat nunmehr angekündigt, Anfang 2007 einen Referentenentwurf zur Überarbeitung des GWB (4. Teil) und der Vergabeverordnung vorzulegen.

#### **Beginn der Rügefrist des § 107 Abs. 3 GWB**

OLG Dresden, B.v. 11.09.2006 – WVerG 0013/06 –

#### **LEITSATZ**

1. Für die Beanstandung eines Bieters, ihm würden mit den Vergabeunterlagen Angaben abverlangt, die objektiv nicht möglich und deshalb vergabewidrig seien, beginnt die Rügefrist des § 107 Abs. 3 GWB spätestens

mit dem Beginn der Ausarbeitung des eigenen Angebots, weil der Bieter jedenfalls zu diesem Zeitpunkt den aus seiner Sicht rügebefürhtigen Inhalt der Ausschreibung festgestellt hat und ihn dann gegenüber dem Auftraggeber nicht mehr unbeanstandet lassen darf.

2. In der Abgabe eines vom Ausschreibungsinhalt abweichenden Angebots liegt nicht ohne weiteres eine durch schlüssiges Verhalten erhobene Rüge, dass die anderslautenden Vorgaben des Auftraggebers vergabewidrig seien.

---

### **Erlöschen des Angebots nach Ablauf der Bindefrist**

OLG Jena, B.v. 30.10.2006 – 9 Verg 4/06 –

#### **LEITSATZ**

1. Nach allgemeinen zivilrechtlichen Regeln erlischt nach Ablauf der Bindefrist (§ 19 Abs. 3 VOL/A) das Angebot eines Bieters gem. §§ 146, 148 BGB und ist damit für das Ausschreibungsverfahren nicht mehr existent.

2. Die Wertung eines wegen Überschreitung der Bindefrist bereits erloschenen und danach erneut zum Wettbewerb eingereichten – inhaltsgleichen – Angebots ist wegen Überschreitung der Angebotsfrist (§ 18 Abs. 1 S. 1 VOL/A) grundsätzlich ausgeschlossen, es sei denn, dass der verspätete Eingang auf nicht vom Bieter zu vertretenden Umständen beruht, § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. e VOL/A.

3. Nicht der Bietersphäre im vorgenannten Sinne zuzurechnen ist es, wenn die Vergabestelle mit gleicher Wirkung für alle Bieter und im Einvernehmen mit diesen (vgl. § 28 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A) eine bereits abgelaufene Angebotsfrist nachträglich "verlängert", d.h. die erneute Vorlage der bereits erloschenen Angebote mit deren ursprünglichem Inhalt gestattet.

4. Übergeht die Vergabestelle im Rahmen der nachträglichen "Verlängerung" einer bereits abgelaufenen Angebotsfrist einen einzelnen Bieter, so ist diesem aus Gleichbehandlungsaspekten wie den übrigen Bewerber

die erneute Vorlage seines (erloschenen) ursprünglichen Angebots gestattet.

#### **HINWEIS**

Im Rahmen einer VOL/A-Ausschreibung, offenes Verfahren zur Vergabe von Winterdiensten, hatte die Vergabestelle die im Verfahren verbliebenen Bieter zur Zustimmung einer Bindefristverlängerung aufgefordert. Die Vergabestelle ersuchte die Bieter dabei zur Verlängerung der Bindefrist „bis zum Ende des Verfahrens“. Ein Bieter gab daraufhin die Erklärung ab, dass er seine Zustimmung zur Verlängerung der Zuschlags- und Bindefrist „zunächst bis zum 31.08.2006“ erteilt. Am 04.09.2006 – d. h. nach Ablauf der vom Bieter vorläufig bestimmten Frist – bat die Vergabestelle den Bieter telefonisch um eine weitere Verlängerung der Bindefrist. Dieser verlängerte daraufhin mit Schreiben vom 06.09.2006 die Zuschlags- und Bindefrist „zunächst bis zum 31.10.2006“. Der Bieter wurde in der Folgezeit wegen fehlender Zertifizierungsnachweise ausgeschlossen und rief die Vergabekammer an, die dem Nachprüfungsbegehren stattgab. Im Rechtsmittelverfahren vor dem OLG Jena wurde daraufhin von dem Beigeladenen, dessen Angebot von der Vergabestelle bezuschlagt werden sollte, geltend gemacht, dass der Nachprüfungsantrag des Bieters unbegründet sei. Dessen ursprüngliches Angebot habe zwar innerhalb der Angebotsfrist vorgelegen, sei jedoch nicht rechtzeitig gemäß den §§ 147 bis 149 BGB angenommen worden und damit erloschen. Insbesondere konnte die Annahme (Zuschlag) gemäß § 148 BGB nur innerhalb der von dem Bieter bestimmten Annahmefrist (d. h. bis zum 31.08.2006) erfolgen. Da bis zu diesem Datum keine Bezuschlagung erfolgt ist, erlosch das Angebot mit Ablauf des 31.08.2006. Die erneute „Verlängerung“ der Bindefrist am 06.09.2006 konnte die bereits eingetretene Erlöschungswirkung nicht mehr rückgängig machen. Das OLG Jena bestätigt dies und entschied ferner, dass die Erklärung des Bieters zur Fristverlängerung am 06.09.2006 im Wege der Auslegung ohne Weiteres als Abgabe eines neuen Angebotes

## FLUGHAFEN LEIPZIG/HALLE KANN AUSGEBAUT WERDEN

Das BVerwG hat entschieden, dass der Flughafen Leipzig/Halle zu einem internationalen Drehkreuz für den Frachtexpressverkehr ausgebaut werden kann. Das BVerwG hat in einem Musterverfahren die Klagen von fünf Anwohnern gegen den Planfeststellungsbeschluss des Regierungspräsidiums Leipzig vom 04.11.2004 im Wesentlichen abgewiesen und damit im Ergebnis seinen Eilbeschluss vom 19.05.2005 bestätigt. Allerdings hat das Gericht den Planfeststellungsbeschluss aufgehoben, soweit darin in der Nachtzeit (22:00 Uhr bis 06:00 Uhr) auch solche Flüge unbeschränkt zugelassen wurden, die nicht dem Frachtexpressverkehr, sondern z.B. dem Passagierverkehr dienen. Hierüber muss das Regierungspräsidium eine erneute Entscheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts treffen.

gewertet werden kann, welches inhaltlich mit dem zuvor erloschenen Angebot identisch ist. Dieses neue Angebot des Bieters darf aufgrund des § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. e VOL/A nicht berücksichtigt werden, da für dieses Angebot die Angebotsfrist des § 18 Abs. 1 Satz 1 VOL/A überschritten war. Denn das – durch Verlängerung der Zuschlags- und Bindefrist am 06.09.2006 – abgegebene erneute Angebot lag erst nach Ablauf der Angebotsfrist vor.

### Zulässigkeit des Nachprüfungsverfahrens

VK Münster, B.v. 19.09.2006 – VK 12/06 –

#### LEITSATZ

1. Bereits geschlossene Verträge stehen der Nachprüfung nicht entgegen, wenn der Zuschlag wegen Verstoßes gegen § 13 VgV nicht wirksam erteilt wurde.
2. Eine Vergabestelle, die lediglich eine beschränkte Ausschreibung durchführt, obwohl eine europaweite Ausschreibung erforderlich war, führt kein geregelter förmliches Vergabeverfahren nach dem 4. Teil des GWB durch. Bei diesen sogenannten de facto Vergaben obliegt dem Bieter keine Rügeobligiertheit gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB.
3. Die Vergabekammern können allein das Unterlassen einer europaweiten Ausschreibung nicht zum Anlass für eine Rechtmäßigkeitskontrolle nehmen. Vielmehr muss der Antragsteller darlegen, dass er durch diesen Vergaberechtsverstoß tatsächlich in seinen

Rechten gemäß § 114 Abs. 1 GWB verletzt ist.

4. Wenn die Vergabestelle in den Verbindungsunterlagen bestimmte Erklärungen als Mindestanforderungen fordert, dann hat sie sich bereits im Vorfeld gegenüber den Interessenten festgelegt und ihr Ermessen im Sinne des § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a) VOL/A entsprechend ausgeübt. Auch im Anwendungsbereich der VOL/A sind somit solche Angebote, die die vom Auftraggeber geforderten Erklärungen nicht vollständig enthalten, unter den vergaberechtlichen Geboten des Wettbewerbs und der Gleichbehandlung von der Wertung genauso zwingend auszuschließen, wie dies unter der Geltung der VOB/A geboten ist.

## Baurecht

### Streitverkündung gegenüber einem gerichtlichen Sachverständigen I

BGH, B.v. 27.07.2006 – 7 ZB 16/06 –

#### LEITSATZ

1. Die Streitverkündung gegenüber einem gerichtlichen Sachverständigen zur Vorbereitung von Haftungsansprüchen gegen diesen aus angeblich fehlerhafter, im selben Rechtsstreit erbrachter Gutachterleistungen ist unzulässig.
2. Der Streitverkündungsschriftsatz ist nicht zuzustellen.

## Streitverkündung gegenüber einem gerichtlichen Sachverständigen II

BGH, B.v. 28.07.2006 – 3 ZB 14/06 –

### LEITSATZ

Ein Antrag auf Begutachtung durch einen Sachverständigen im selbständigem Beweisverfahren nach § 485 Abs. 2 ZPO, der der Vorbereitung eines Sachverständigenhaftpflichtprozesses nach § 839 a BGB dienen soll, ist mangels eines rechtlichen Interesses grundsätzlich unzulässig, solange der Vorprozess noch nicht abgeschlossen ist und der Partei dort Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen, mit denen sie eine Korrektur des ihrer Meinung nach grob fehlerhaften Gutachtens erwirken kann.

### HINWEISE ZU I. UND II.

Ein Gerichtssachverständiger, dem wegen eines angeblich falschen Gutachtens eine Streitverkündungsschrift zugestellt wird, gerät in ein Dilemma: Tritt er dem Rechtsstreit bei, so verletzt er seine Neutralitätspflicht. Tritt er nicht bei, kann er seine Interessen im Hinblick auf den ihm angedrohten Regressprozess durch Beitritt nicht schützen. Diese Sachlage führte in Rechtsprechung und Literatur zu einer kontroversen Diskussion über die Frage der Zulässigkeit einer Streitverkündung gegenüber dem Sachverständigen. Der

Bundesgerichtshof hat nun durch Beschluss vom 27.07.2006 eine Klärung herbeigeführt. Danach ist der Sachverständige kein Dritter im Sinne des § 72 Abs. 1 ZPO. Der Sachverständige stehe vielmehr als neutraler, vom Gericht bestellter „Gehilfe des Richters“ nicht außerhalb des Prozesses. Eine Streitverkündung gegenüber dem Gericht bestellten Sachverständigen ist danach unzulässig. Eine Streitverkündungsschrift darf dem Sachverständigen nicht zugestellt werden.

Der weitere Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 28.07.2006 stärkt darüber hinaus die Stellung des Sachverständigen. Hiernach ist, solange der Hauptprozess, in dem der Sachverständigenbeweis erhoben wurde, noch nicht rechtskräftig abgeschlossen ist, die Einleitung eines selbständigen Beweisverfahrens gegen den Sachverständigen zur Vorbereitung eines Sachverständigenhaftpflichtprozesses unzulässig.

---

## Verjährung des Bürgschaftsanspruches

KG, U.v. 24.10.2006 – 7 U 6/06 –

### LEITSATZ

Der Bürge kann sich auch nach geltendem Recht nicht auf Verjährung der Hauptschuld berufen, wenn der Mangel in unverjährter Zeit gerügt, die Bürgschaft aber erst in ver-

## DIE WIRTSCHAFTLICHE LAGE IN DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND IM NOVEMBER 2006

Der Aufschwung der deutschen Wirtschaft hat sich im dritten Quartal fortgesetzt. Das Bruttoinlandsprodukt (BIP) ist nach Meldung des statistischen Bundesamtes preis-, kalender- und saisonbereinigt um 0,6 % zum Vorquartal angestiegen. Gleichzeitig wurden die Ergebnisse des ersten und zweiten Quartals 2006 nach oben revidiert. Mit einem Wachstum von real +0,8 % (bisher: +0,7 %) für das erste und +1,1 % (bisher: +0,9 %) für das zweite Quartal erhöhte sich die Wirtschaftsleistung im ersten Halbjahr 2006 so stark wie seit dem Jahr 2000 nicht mehr. Im Vorjahresvergleich nahm das BIP im dritten Quartal um real 2,3 % bzw. kalenderbereinigt um 2,8 % zu. Die Wachstumsimpulse kamen im dritten Quartal sowohl aus dem In- als auch aus dem Ausland. Angesichts der aktuellen Konjunkturindikatoren ist von einer Fortsetzung des Aufschwungs auch im vierten Quartal auszugehen. Das produzierende Gewerbe bleibt hiernach weiter auf Wachstumskurs. Insbesondere die Industrie, aber auch das Bauhauptgewerbe, stützen die gesamtwirtschaftliche Entwicklung. Die Perspektiven sind angesichts der Auftragslage

jährter Zeit in Anspruch genommen wird. Die Forderung aus der Gewährleistungsbürgschaft unterliegt grundsätzlich der Verjährungsfrist von drei Jahren. Die Verjährungsfrist beginnt, wenn sich der Anspruch des Auftraggebers gegen den Unternehmer auf Nachbesserung in eine Geldschuld umgewandelt hat.

### **Nachtragsabrechnung in der Berufungsinstanz**

KG, U.v. 17.10.2006 – 21 U 70/04 –

#### **LEITSATZ**

Ist in einem Nachtrag der Vorbehalt der späteren Abrechnung der tatsächlich anfallenden Vorhaltezeiten aufgenommen und wird diese Berechnung erst mit der Berufung vorgenommen, ist dies verspätet und wird vom Berufungsgericht nicht mehr berücksichtigt.

#### **HINWEIS**

Die Klägerin beehrte erstinstanzlich von der Beklagten die Zahlung von Werklohn aus einer Abschlagsrechnung, mit der eine Nachtragsforderung geltend gemacht wurde. Das Landgericht hat unter Auslegung des vertraglich geschuldeten Bausolls die Klage abgewiesen. In der 2. Instanz hatte die Klägerin erstmals hilfsweise Mehrkosten in nahezu identischer Höhe wegen verlängerter Vorhaltung geltend gemacht. Das Kammergericht erachtet dies für verspätet (§§ 529 Abs. 1, 531 Abs. 2 ZPO) und wies die Berufung der Klägerin zurück.

### **Berechtigung zur Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts**

OLG Frankfurt, U.v. 31.10.2006 – 8 U 5/06 –

#### **LEITSATZ**

Der Auftraggeber kann in Höhe des ihm zustehenden Zurückbehaltungsrechts die Zahlung von Werklohn verweigern, auch wenn Mängel zum Zeitpunkt der Gestellung der Austauschsicherheit vorliegen.

### **ERLÖS AUS CROSS-BORDER-LEASING STEHT NICHT DEM GEBÜHREZZAHLER ZU**

Der 9. Senat des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen hat durch Urteil vom 23.11.2006 entschieden, dass Einnahmen aus einem sogenannten Cross-Border-Leasing-Geschäft (CBL-Geschäft) nicht zur Verminderung von Entwässerungsgebühren eingesetzt werden müssen. Die Stadt Gelsenkirchen hatte 2002 im Rahmen eines CBL-Geschäfts mit einem US-Investor über ihr Kanalnetz einen Erlös von ca. 12,38 Millionen Euro erzielt. Auf der Grundlage des damaligen amerikanischen Steuerrechts konnte der US-Investor durch das CBL-Geschäft erhebliche Steuervorteile erlangen. Hiervon gab der Investor einen Teilbetrag an die Stadt weiter, die diesen in den allgemeinen Haushalt einstellte. Der 9. Senat entschied in einem Streit über die Höhe der Entwässerungsgebühr nunmehr, dass die einmalige Einnahme keine hinreichende Verknüpfung zu den durch das Kanalnetz verursachten Kosten aufweise. Der Erlös aus dem CBL-Geschäft sei betriebsfremd. Der Gebührenzahler dürfe nur mit den durch die Abwasserentsorgung entstehenden betriebsbedingten Kosten belastet werden. Dementsprechend müsse eine betriebsfremde Einnahme bei der Gebührenberechnung außer Betracht bleiben.

#### **HINWEIS**

Nach Abnahme der Leistungen aus einem Generalunternehmervertrag hatte die Generalunternehmerin der Auftraggeberin eine Gewährleistungsbürgschaft übersandt. Die Auftraggeberin hatte zeitgleich weitere Mängel festgestellt und machte gegenüber der Schlussrechnung der Generalunternehmerin für diese Mängel ein Zurückbehaltungsrecht geltend. Im anschließenden Rechtsstreit der Auftraggeberin gegen die Bürgin wurde daraufhin von der Bürgin geltend gemacht, dass

die Gewährleistungsbürgschaft unwirksam geworden sei, da sie unter der aufschiebenden Bedingung gestanden habe, dass die Auftraggeberin den Werklohn in voller Höhe ausbezahle. Insbesondere sei die Auftraggeberin verpflichtet gewesen, auch den im Rahmen des Zurückbehaltungsrechts einbehaltenen Betrag auszuzahlen. Das OLG Frankfurt stellt in der Berufungsinstanz fest, dass die Auftraggeberin berechtigt gewesen war, bezüglich der festgestellten Mängel zusätzlich zu der anstelle des Sicherheitseinbehaltes ausgereichten Gewährleistungsbürgschaft von ihrem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch zu machen. Die Gewährleistungsbürgschaft dient zur Absicherung von Gewährleistungsansprüchen nur bei Eintritt des Sicherungsfalles. Der Sicherungsfall liegt solange nicht vor, wie der Auftragnehmer noch zur Nachbesserung berechtigt ist. Bei auftretenden Gewährleistungsschäden kann

#### **EUROPARECHTLICHE ZULÄSSIGKEIT VON GEBÜHRENORDNUNGEN**

Der Europäische Gerichtshof hat in einem Beschluss vom 05.12.2006 (Rechtssache Cipolla, AZ: C-94/04 und Macrino, AZ: C-202/04) entschieden, dass Gebührenordnungen, die Mindestsätze zum Schutz der Verbraucher vorsehen, grundsätzlich europarechtlich zulässig sein können. Der Europäische Gerichtshof hat ferner einen Verstoß gegen europäisches Wettbewerbsrecht verneint, wenn ein Mitgliedsstaat eine berufsrechtliche Norm in Form einer Gebührenordnung erlässt, die auf einem von einer Berufsorganisation erarbeiteten Vorschlag beruht. Zu entscheiden war eine nationale Regelung zu anwaltlichen Mindestgebühren. Allerdings lassen sich die Grundsätze auch auf den Bereich anderer Gebührenordnungen, wie etwa die HOAI beziehen. Will man die HOAI „europafest“ machen, so sollte allerdings in Deutschland der Schutzzweck der HOAI überdacht werden und ggf. im Rahmen einer künftigen HOAI-Novelle neu definiert werden.

der Auftraggeber nicht auf die gewährte Sicherheit verwiesen werden, sondern er kann trotz bestehender Sicherheit gesondert Mängelbeseitigung geltend machen und insoweit von seinem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch machen.

#### **Haftung des Vorunternehmers**

LG Bückeburg, U.v. 05.10.2006 – 2 S 22/06 –

##### **LEITSATZ**

Der Vorunternehmer, der Baumaterial falsch auswählt, haftet dem Auftraggeber bei Schäden auch dann, wenn der nachfolgend tätige Bauhandwerker das falsch ausgewählte Material einbaut, ohne den Auftraggeber zuvor auf die falsche Materialauswahl hingewiesen zu haben.

## **Architektenrecht**

#### **Hinweispflichten aus Architektenvertrag**

OLG Stuttgart, B.v. 12.10.2006 – 5 U 111/06 –

##### **LEITSATZ**

1. Von einem Architekten kann nicht ohne weiteres die Klärung schwieriger und genehmigungsrelevanter Rechtsfragen verlangt werden.
2. Pflicht des Architekten ist es lediglich, auf die Problematik hinzuweisen und die Einholung rechtskundiger Hilfe anzuregen.

#### **Obliegenheitsverletzung bei der Architektenhaftpflichtversicherung**

OLG Köln, B.v. 04.10.2006 – 9 W 21/06 –

##### **LEITSATZ**

1. Eine vorsätzliche Verletzung der Anzeigepflicht des Ingenieurs gegenüber dem Haftpflichtversicherer liegt auch dann vor, wenn er der Auffassung ist, die gegen ihn im Rahmen des Beweisverfahrens erhobenen Vorwürfe ließen sich abwehren und er deshalb eine Schadensanzeige unterlässt.

2. Die Unterlassung der unverzüglichen Anzeige des Versicherungsnehmers nach Einleitung des Beweisverfahrens ist generell geeignet, die Interessen des Versicherers ernsthaft zu gefährden, da eine späte Anzeige dazu führt, dass der Sachverhalt nur noch schwer aufgeklärt werden kann.

#### HINWEIS

Im vorliegenden Fall war von einem Statiker eine fehlerhafte Statik erstellt worden, die Rissbildungen in einer Tiefgaragenbodenplatte verursacht hatte. Wegen dieser Schäden hatte der Auftraggeber ein selbständiges Beweisverfahren gegen den Statiker geführt. Der Statiker hatte erst nach Übersendung des Gutachtens im selbständigen Beweisverfahren seiner Haftpflichtversicherung den Versicherungsfall gemeldet. Dies stellt nach Ansicht des OLG Köln eine vorsätzliche Verletzung der Anzeigepflicht des Statikers dar. Hierdurch wurde der Haftpflichtversicherer von jeglicher Erstattungsleistung frei.

#### Keine Vergütung bei Mängelbeseitigung

OLG Hamburg, U.v. 28.09.2006 – 10 U 18/03 –

#### LEITSATZ

1. Der bauleitende Architekt hat keinen Anspruch auf eine zusätzliche Vergütung, wenn seine Tätigkeit zur Behebung eines Schadens erforderlich wird, für den er ebenfalls verantwortlich ist.
2. Der Auftragnehmer haftet über § 278 BGB für die unzureichende Informationsweitergabe seines Bauleiters.

#### Abnahme des Architektenwerkes

OLG München, U.v. 20.12.2005 – 28 U 3521/05 –

#### LEITSATZ

Die fünfjährige Verjährungsfrist des § 638 BGB a.F. bzw. § 634a BGB n.F. beginnt nur dann zu laufen, wenn die Leistungen des Architekten/Ingenieurs vom Auftraggeber abgenommen worden sind oder der Auftrag-

geber die Abnahme endgültig verweigert hat. Andernfalls gilt die gesetzliche Regelverjährung.

## Immobilienrecht

#### Nichtigkeit der Zahlungsvereinbarung im Bauträgervertrag

LG Münster, U.v. 08.06.2005 – 10 O 638/04 –

#### LEITSATZ

Wird hinsichtlich einer Abschlagszahlungsvereinbarung zu Lasten eines Grundstückserwerbers von der Makler- und Bauträgerverordnung abgewichen oder diese umgangen, führt dies nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (vgl. BGH NJW 2001, 818 f.) gemäß § 134 BGB zur Nichtigkeit der Fälligkeitsregelung. An die Stelle der nichtigen Ratenzahlungsvereinbarung tritt § 641 Abs. 1 BGB, wonach die Vergütung bei der Abnahme des Werkes zu entrichten ist.

#### Auslegung einer Indexklausel

OLG Rostock, U.v. 02.06.2006 – 3 U 113/05 –

#### LEITSATZ

1. Hat die Genehmigungsbehörde ein Negativattest erteilt, ist die Frage der Einhaltung des Schriftformerfordernisses im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen des § 4 PrKV jedenfalls für die Zeit vor Erteilung des Attestes nicht mehr durch das Zivilgericht zu prüfen.
2. Wählen die Parteien zur Mietanpassung einen Index, der gar nicht mehr erhoben wird, so ist im Zweifel davon auszugehen, dass sich die Parteien an einem vom statistischen Bundesamt ermittelten und veröffentlichten Index orientieren wollen.

INTERN

➤ **Rückblick**

Die TSP Theißen Stollhoff & Partner Rechtsanwaltsgesellschaft blickt auf ein erfolgreiches Geschäftsjahr 2006 zurück. Im Jahr 2006 wurden zahlreiche Großverfahren für öffentliche und private Auftraggeber erfolgreich abgeschlossen. Ein forensischer Schwerpunkt lag auch 2006 in der Bearbeitung vergaberechtlicher Nachprüfungsverfahren. Das umfangreiche Beratungsangebot der TSP Theißen Stollhoff & Partner Rechtsanwaltsgesellschaft wurde 2006 gleichfalls rege nachgefragt. So wurde der Geschäftsbereich der projektbegleitenden Rechtsberatung erheblich ausgebaut. Zahlreiche Rechtsgutachten zu wichtigen vertrags-, vergabe- und infrastrukturellen Fragen wurden erstellt. Das Notariat der Kanzlei war insbesondere im Immobilienrecht aktiv. Darüber hinaus wurden von TSP Theißen Stollhoff & Partner Rechtsanwaltsgesellschaft auch 2006 zahlreiche Inhouse-Seminare zum Bau-, Vergabe- und Vertragsrecht durchgeführt. Daneben sind auch im Jahr 2006 mehrere Fachveröffentlichungen der Kanzlei erschienen.

➤ **Ausblick**

Für das erste Halbjahr 2007 ist eine Ausweitung des Inhouse-Seminarangebots der TSP Theißen Stollhoff & Partner Rechtsanwaltsgesellschaft beschlossen. So ist verstärkt die Schulung von Kompetenzträgern und Fachabteilungen in den Gebieten des Infrastrukturrechts und des Anlagenbaus geplant.

➤ **Neue Veröffentlichungen der Kanzlei**



**VOB/B-Bauvertragsabwicklung anhand von Musterformularen**  
Ein Leitfaden für öffentliche und gewerbliche Auftraggeber. Mit CD-ROM.  
Dr. Rolf Theißen  
2007, 256 Seiten, 75 Bau-Musterformulare  
Fraunhofer IRB Verlag | Bundesanzeiger Verlag  
ISBN 3-8167-7165-3 | EUR 49,00



**VOB Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen**  
- Ausgabe 2006 -  
Textausgabe, 1. Auflage.  
Hrsg. TSP Theißen Stollhoff & Partner  
2006, 116 Seiten  
EUR 5,00 (Unkostenbeitrag)

## Auf einen Blick

### Drohende Verjährung zum Jahresende

Gerade vor dem Jahresende sollte jeder Unternehmer seine noch offenen Ansprüche sorgfältig auf drohende Verjährung prüfen. Seit dem 01.01.2002 beträgt die regelmäßige Verjährungsfrist nach §§ 195, 199 BGB drei Jahre. Die regelmäßige Verjährungsfrist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Anspruchsinhaber von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte Kenntnis erlangen müssen. Um die faktische Unverjährbarkeit von Ansprüchen wegen fehlender Kenntnis der anspruchsbegründenden Tatsachen zu verhindern, ordnet § 199 BGB Verjährungshöchstfristen von 10 bzw. 30 Jahren an.

Damit drohen zum 31.12.2006 vor allem Ansprüche aus dem Jahr 2003 zu verjähren. Rechtzeitiges Handeln ist also geboten. Da der 31. Dezember in diesem Jahr ein Sonntag ist, tritt an die Stelle der Ablauf des nächsten Werktages, also Dienstag, der 2. Januar 2007. Um die Verjährung zu vermeiden, sollte gleichwohl in jedem Fall noch bis zum 31.12.2006 Klage eingereicht oder ein gerichtlicher Mahnbescheid beantragt werden. Außergerichtliche Mahnungen oder Zahlungsaufforderungen hemmen dagegen die laufende Verjährung nicht.

#### Der regelmäßigen Verjährung unterliegen beispielsweise

##### 1. im Kaufrecht

- Ansprüche auf Lieferung der Kaufsache (§ 433 Abs. 1 BGB)
- Ansprüche auf Kaufpreiszahlung (§ 433 Abs. 2 BGB)
- Mängelansprüche bei Arglist des Verkäufers (§ 438 Abs. 3 S. 1 BGB)
- Rückgewähransprüche des Verkäufers (§ 439 Abs. 4 BGB)
- Ansprüche aus Garantie (§ 443 BGB)

##### 2. im Mietrecht

- Ansprüche auf Überlassung der Mietsache (§ 535 Abs. 1 BGB)
- Ansprüche auf Entrichtung der Miete/Nebenkosten (§ 535 Abs. 2 BGB)
- Rückgabeansprüche des Vermieters (§ 546 BGB)
- Entschädigungsansprüche des Vermieters bei verspäteter Rückgabe (§ 546 a BGB)

##### 3. im Werkrecht

- Ansprüche auf Herstellung des Werkes (§ 631 BGB)
- Ansprüche auf Vergütung (§ 631 BGB)
- Mängelansprüche für sonstige Werkleistungen (§ 634 a Abs. 1 Nr. 3 BGB)
- Mängelansprüche bei Arglist des Unternehmers (§ 634 a Abs. 3 BGB)
- Entschädigungsansprüche des Unternehmers (§ 642 Abs. 1 BGB)

##### 4. im VOB-Vertrag

- Ansprüche auf Schluss- oder Teilschlusszahlung (§ 16 Nr. 3, 4 VOB/B)
- Mängelansprüche bei Arglist des Unternehmers (§ 634 a Abs. 3 BGB)
- Schadensersatzansprüche wegen Behinderung oder Unterbrechung (§ 6 Nr. 6 VOB/B)
- Kündigungsbedingte Mehrkostenerstattungsansprüche (§ 8 Nr. 2, 3 VOB/B)
- Ansprüche aus Bürgschaften (§ 17 Nr. 4 VOB/B)