

Newsletter

TSP Theißen Stollhoff & Partner Rechtsanwaltsgesellschaft

Baurecht, Vergaberecht, Immobilienrecht, Architekten- und Ingenieurrecht

AKTUELLES AUS DER RECHTSPRECHUNG

Editorial

Baurecht

Preisbildung bei spekulativ überhöhten Einheitspreisen

BGH, U.v. 18.12.2008 - VII ZR 201/06

LEITSATZ

1. Steht der nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 oder § 2 Nr. 5 VOB/B neu zu vereinbarende Einheitspreis für Mehrmengen in einem auffälligen, wucherähnlichen Missverhältnis zur Bauleistung, kann die dieser Preisbildung zu Grunde liegende Vereinbarung sittenwidrig und damit nichtig sein.
2. Ist der nach § 2 Nr. 3 oder § 2 Nr. 5 VOB/B zu vereinbarende Einheitspreis für Mehrmengen um mehr als das Achthundertfache überhöht, weil der Auftragnehmer in der betreffenden Position des Leistungsverzeichnisses einen ähnlich überhöhten Einheitspreis für die ausgeschriebene Menge angeboten hat, besteht eine Vermutung für ein sittlich verwerfliches Gewinnstreben des Auftragnehmers.
3. Diese Vermutung wird nicht dadurch entkräftet, dass der Auftragnehmer in anderen Positionen unüblich niedrige Einheitspreise eingesetzt hat. Ein derartig spekulatives Verhalten des Auftragnehmers ist nicht schützenswert.
4. An die Stelle der nichtigen Vereinbarung über die Bildung eines neuen Preises auf der Grundlage des überhöhten Einheitspreises tritt die Vereinbarung, die Mehrmengen nach dem üblichen Preis zu vergüten.

Die aktuelle Ausgabe **1-2009** informiert Sie über bedeutende neue Entscheidungen zum Vergabe-, Bau- und Immobilienrecht.

Im Vergaberecht wichtig ist ferner die am 13.02.2009 vom Bundesrat beschlossene Vergaberechtsreform sowie die vom Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen nunmehr beschlossene VOB/A 2009.

Für die vor dem Hintergrund der Konjunkturpakete I und II aktuell bevorstehenden Ausschreibungen finden Sie in unserer Rubrik „Auf einen Blick“ eine Übersicht zum VOF-Verfahrensablauf, Stand Februar 2009.

Wir wünschen Ihnen eine interessante Lektüre.

TSP Theißen Stollhoff & Partner
Rechtsanwaltsgesellschaft

Inhalt

Aktuelles aus der Rechtsprechung	1
Nachrichten aus der Bau- und Immobilienwirtschaft	
➤ Bundesrat verabschiedet Vergaberechtsreform	2
➤ VOB/A 2009	4
➤ Zusätzliche Mittel für Bundesbauten und erleichterte Vergabeverfahren	6
➤ Bundesregierung will Aktienrecht modernisieren	8
TSP Theißen Stollhoff & Partner – Intern	9
Auf einen Blick	
Ablauf des VOF-Vergabeverfahrens	10

HINWEIS

Grundsätzlich gilt bei Mengenänderungen in VOB/B-Bauverträgen: „Guter Preis bleibt guter Preis, schlechter Preis bleibt schlechter Preis.“ Dieser Grundsatz, wonach die angebotenen und vertraglich vereinbarten

Impressum

TSP Theißen Stollhoff & Partner
Rechtsanwaltsgesellschaft
(Herausgeber)

Palais am Bundesrat
Leipziger Platz 11
10117 Berlin

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

Berlin@ts-law.de
www.ts-law.de

Partnerschaftsgesellschaft
AG Charlottenburg PR 431 B

BUNDESRAT VERABSCHIEDET VERGABERECHTSREFORM

Am 13.02.2009 hat der Bundesrat dem Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts zugestimmt. Nachdem der Bundestag bereits am 19.12.2008 das Gesetz verabschiedet hatte, werden somit die Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 97 ff. GWB) über die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge ab 206.000 € und öffentlicher Bauaufträge ab ca. 5,3 Mio. Euro dem europäischen Recht angepasst und modernisiert. Das Gesetz muss nun noch im Bundesgesetzblatt verkündet werden, bevor es in Kraft tritt.

Die Frage, ob innerkommunale Aufgabenübertragungen von der Anwendung des Vergaberechts ausgenommen bleiben sollen, bleibt indes weiterhin unbeantwortet. Es soll nun auf der europäischen Ebene eine gemeinsame Regelung gefunden werden.

Wesentliche Regelungen der Vergaberechtsreform betreffen die Einschränkung der Möglichkeiten für Unternehmen, gegen Entscheidungen eines öffentlichen Auftraggebers, durch die sie benachteiligt werden können, gerichtlich vorzugehen. Investitionshemmnisse bei der öffentlichen Beschaffung infolge von Prozessen sollen hierdurch eingedämmt werden.

Zur Verbesserung des Zugangs mittelständischer Unternehmen zu öffentlichen Aufträgen sieht das Gesetz zudem eine Verpflichtung der Vergabestellen vor, große Aufträge in Lose aufzuteilen, auf die auch kleine und mittlere Unternehmen erfolgreich anbieten können. Von Bedeutung für die Kommunen sind die Regelungen in § 99 GWB. Danach unterliegen Grundstücksverkäufe in Verbindung mit städtebaulichen Entwicklungsverträgen nicht der vergaberechtlichen Ausschreibungspflicht.

Einheitspreise auch bei erheblichen Mehrmengen aus den Kalkulationsgrundlagen des Auftragnehmers abzuleiten sind, kann – wie der Bundesgerichtshof nun ausführt – Grenzen finden. Der vorliegende Sachverhalt beinhaltet jedoch einen Extremfall. Die angebotenen Einheitspreise waren um das 800fache überhöht. Hierin sieht der Bundesgerichtshof eine nichtige, weil sittenwidrige Vereinbarung. An deren Stelle solle eine Preisvereinbarung treten, wonach die Mehrmengen nach den ortsüblichen Preisen zu vergüten sind.

Bauhandwerkersicherungshypothek zugunsten des Bauträgers

KG, B.v. 12.10.2007 - 7 W 60/07

LEITSATZ

Der Bauträger kann seine Werklohnansprüche gegenüber dem Erwerber durch eine Bauhandwerkersicherungshypothek allenfalls für solche Bauleistungen absichern, die nach der Eigentumsübertragung auf den Erwerber vom Bauträger noch erbracht werden.

HINWEIS

Ob ein Bauträger nach der Übertragung des Eigentums auf den Erwerber für seine Werklohn-

ansprüche eine Sicherheit in Form einer Bauhandwerkersicherungshypothek nach § 648 BGB verlangen kann, ist in der Literatur umstritten. Anders als ein Bauunternehmer baut ein Bauträger nämlich nicht auf fremdem, sondern auf eigenem Grundstück. Das Vorleistungsrisiko besteht für den Bauträger somit nicht, weil der Wert seiner Bauleistung seinem Grundstück zuwächst.

Nach zutreffender Ansicht des Kammergerichts ist daher bis zur Übertragung des Eigentums auf den Erwerber die Eintragung einer Sicherungshypothek schon nach Wortlaut des § 648 Abs. 1 BGB nicht möglich, weil es sich nicht um das Baugrundstück des Erwerbers handelt. Anders als für das Ausgangsgericht ist aber nach Auffassung des Kammergerichts ein Anspruch des Bauträgers nach § 648 BGB für Bauleistungen, die nach der Eigentumsübertragung vom Bauträger noch erbracht werden, grundsätzlich nicht ausgeschlossen.

Insolvenzanfechtung

BGH, U.v. 16.10.2008 - IX ZR 2/05

LEITSATZ

1. Veranlasst der spätere Insolvenzschuldner mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz seinen Schuldner, unmittelbar an seinen Gläubiger zu

zahlen, kommt die Vorsatzanfechtung auch gegen den Angewiesenen in Betracht (Abgrenzung zu BGHZ 142, 284).

2. Die Anfechtungsansprüche gegen den Angewiesenen und den Zuwendungsempfänger stehen im Verhältnis der Gesamtschuld zueinander.

3. Der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners kann im Valuta- und im Deckungsverhältnis nur einheitlich bestimmt werden.

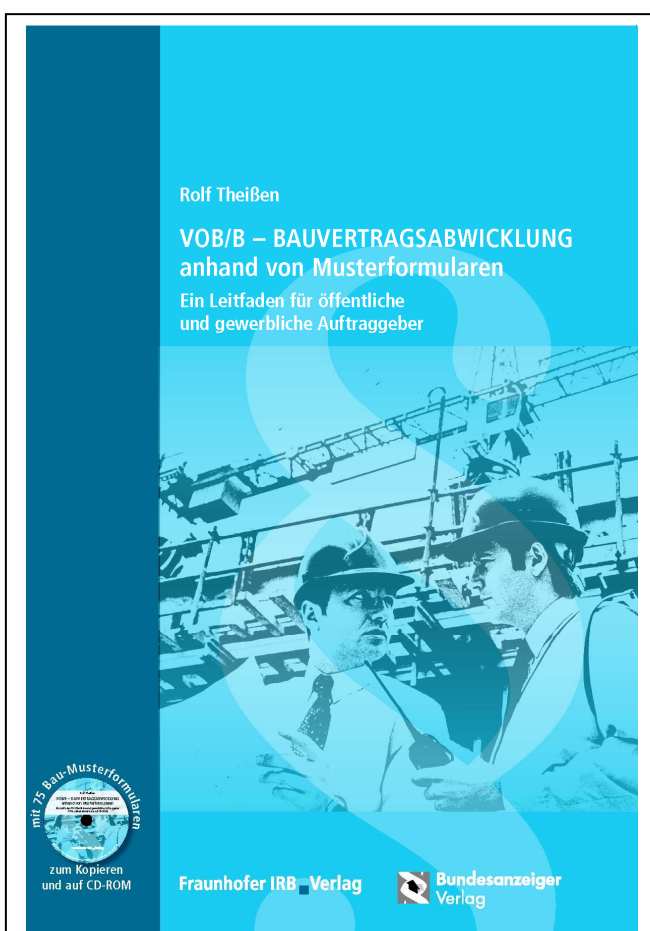
4. Die Kenntnis des Angewiesenen von der Inkongruenz der Deckung im Valutaverhältnis begründet kein Beweisanzeichen für die Kenntnis vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners.

HINWEIS

Bezahlt der Generalunternehmer seine Subunternehmer nicht, können diese zu Recht von ihrem Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB Gebrauch machen. Will der Bauherr die Fortführung der Arbeiten durch die Subunternehmer erreichen, kann er dem Generalunternehmer nach § 16 Nr. 6 Satz 2 eine Frist setzen sich darüber zu erklären, ob und inwieweit er die Forderung seiner Subunternehmer anerkennt. Wird eine solche Erklärung nicht oder nicht rechtzeitig abgegeben, gilt die Leistung des Subunternehmers als anerkannt mit der Folge, dass der Bauherr unmittelbar mit Erfüllungswirkung gegenüber dem Gläubiger an den Subunternehmer leisten kann.

Allerdings besteht – wie der vom BGH entschiedene Fall zeigt – die Gefahr, dass im Falle einer späteren Insolvenz des Generalunternehmers der Insolvenzverwalter die Direktzahlungen des Bauherrn an den Subunternehmer nach §§ 129 ff. InsO anfechten kann. Der Subunternehmer muss dann die erhaltene Direktzahlung an den Insolvenzverwalter erstatten. Besonders fatale Folgen hat dies für Subunternehmer, wenn diese aufgrund der Direktzahlung die Arbeiten fortgeführt haben und hierfür gleichfalls keine Vergütung erhalten.

Nach der vorstehenden Entscheidung des BGH ist aber auch eine Insolvenzanfechtung gegenüber dem Bauherrn nicht ausgeschlossen, wenn der Generalunternehmer mit Gläubigerbenachteiligungsabsicht handelte und der Bauherr davon wusste. Der Bauherr läuft somit Gefahr, zweimal zahlen zu müssen.



VOB/B-Bauvertragsabwicklung anhand von Musterformularen

Ein Leitfaden für öffentliche und gewerbliche Auftraggeber.

Mit CD-ROM.

Dr. Rolf Theißen

2007, 256 S., 75 Bau-Musterformulare, Gebunden
ISBN 3-8167-7165-3 | Fraunhofer IRB Verlag
€ 49,00

Architektenrecht

HOAI: Ein oder mehrere Objekte?

OLG Stuttgart, U.v. 03.05.2007 – 19 U 13/05

LEITSATZ

1. Ob es sich im Rahmen der HOAI um ein oder mehrere Gebäude handelt, ist objektiv zu beurteilen.
2. Die Parteien können eine vertretbare Einordnung als ein oder mehrere Gebäude bindend vereinbaren.

HINWEIS

Das OLG führt zunächst unter Verweis auf die höchstrichterliche Rechtsprechung aus, dass mehrere Gebäude dann vorliegen, wenn diese verschiedenen Funktionen unterliegen, und sie vor allem unter Aufrechterhaltung ihrer Funktionsfähigkeit für sich genommen betrieben werden können. Dabei kommt es auf eine objektive Beurteilung an. Das heißt, in aller Regel wird die Frage, ob es sich um ein oder mehrere Gebäude handelt, durch richterlichen Augenschein oder durch Sachverständigenfeststellung ermittelt. Haben die Parteien allerdings im Vertrag eine *objektiv vertretbare* Einordnung vereinbart, so sind die Vertragsparteien an dieser Einschätzung später gebunden. Dies kann auch dadurch geschehen, dass der Planer in seiner beigelegten Kostenschätzung bei den anrechenbaren Kosten ein Gebäude zugrunde gelegt hat, und auf dieser Grundlage der Vertrag geschlossen wurde.

VOB/A 2009

Der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) hat am 25.11.2008 die VOB/A 2009 beschlossen. Die bisher starke Formalisierung des Vergaberechts soll hierdurch zurückgedrängt werden. So dürfen künftig Angebote, bei denen ein einzelner und unwesentlicher Positionspreis fehlt, unter bestimmten Voraussetzungen nicht mehr ausgeschlossen werden. Nicht rechtzeitig beigebrachte Erklärungen oder Nachweise können nunmehr noch innerhalb von sechs Kalendertagen nach Aufforderung durch den Auftraggeber nachgereicht werden. Die neue VOB/A 2009 soll voraussichtlich im Frühjahr 2009 bekannt gemacht werden und nach Anpassung des GWB und der Vergabeverordnung (VgV) voraussichtlich Mitte des Jahres 2009 in Kraft treten. Dagegen verzögert sich die Novellierung der VOL/A und der VOF weiter.

Den Text der neuen VOB/A haben wir auf unserer Homepage www.ts-law.de eingestellt.

Vereinbarung und Überschreitung eines Kostenlimits

OLG Celle, U.v. 07.01.2009 - 14 U 115/08

LEITSATZ

1. Gehen in einem Architektenvertrag sowohl der Architekt als auch der Bauherr gemeinsam von einer bestimmten Kostenbasis aus und machen diese unter der Überschrift „Kostenrahmen“ übereinstimmend zur Grundlage ihres Vertrages, handelt es sich nicht lediglich um eine Berechnungsgrundlage zur Honorarermittlung, sondern um die vertragliche Vereinbarung eines Kostenlimits.
2. Überschreitet der Architekt diesen Kostenrahmen, ist sein Honorar auch ohne Nach erfüllungsverlangen des Bauherrn zu mindern, wenn eine Umplanung unmöglich oder zumindest dem Kläger nicht zumutbar ist.

Unrichtiger Bautenstandsbericht

BGH, U.v. 25.09.2008 - VII ZR 35/07

LEITSATZ

Verpflichtet sich der vom Veräußerer einer noch zu errichtenden Eigentumswohnung mit der Bauleitung beauftragte Architekt diesem gegenüber zur Erstellung von Bautenstandsberichten, die Grundlage für die von den Erwerbern bei der finanzierenden Bank zu beantragende ratenweise Auszahlung des Erwerbspreises sein sollen, kommt dem Vertrag drittschützende Wirkung zugunsten der Erwerber zu.

HINWEIS

Eine gefährliche Haftungsfalle für den Bauüberwacher: Bei unrichtigen Bautenstandsberichten besteht das Risiko, dass der Bauüberwacher für unrichtige Angaben im Bautenstandsbericht haftet. Dies ist in der Regel dann der Fall, wenn aufgrund der unrichtigen Bautenstandsberichte Zuvielzahlungen an Bauunternehmen geleistet wurden. Der Bauüberwacher haftet im Übrigen auch gegenüber einem Kreditinstitut, wenn er eine – erkennbar der Finanzierung dienende – unzutreffende Baufortschrittsanzeige abgibt (siehe hierzu auch OLG Saarbrücken, U.v. 15.05.2008 – 8 O 119/07). Daher ist dringend anzuraten, Bautenstandsberichte und Baufortschrittsanzeigen in jedem Fall vor Ort auf ihre Richtigkeit zu überprüfen, bevor sie abgegeben werden.

Koppelungsverbot

BGH, U.v. 25.09.2008 - VII ZR 174/07

LEITSATZ

Tritt ein Bauwilliger an einen Architekten mit der Bitte heran, ein passendes Grundstück für ein bestimmtes Projekt zu vermitteln, und stellt er ihm gleichzeitig in Aussicht, ihn im Erfolgsfall mit den Architektenleistungen zu beauftragen, ist der in der Folge abgeschlossene Architektenvertrag nicht nach Art. 10 § 3 MRVG unwirksam. Ein Verstoß gegen das Koppelungsverbot liegt auch dann nicht vor, wenn der Architekt zu einem späteren Zeitpunkt die Vermittlung des Grundstücks davon abhängig macht, dass ihm der zuvor in Aussicht gestellte Auftragsauftrag erteilt wird (Aufgabe von BGH, Urteil vom 10. April 1975 - VII ZR 254/73, BGHZ 64, 173).

HINWEIS

In der Vergangenheit hat der Bundesgerichtshof eine sehr strenge Anwendung des so genannten Koppelungsverbotet vertreten. In aller Regel wurde der geschlossene Architektenvertrag als unwirksam angesehen, wohingegen der Grundstückskaufvertrag wirksam blieb. Der Grundstückserwerber soll geschützt werden. Wenn allerdings – wie im vorliegenden Fall – der Bauwillige selbst die Initiative ergreift, d.h. den Architekten für die Grundstücksvermittlung und die Architektenleistung selbst aussucht, ist er Veranlasser der Koppelung. Er bedarf also nicht des Schutzes durch das Koppelungsverbot. In einem solchen Fall soll es zulässig sein, ein Grundstück mit einem Architektenvertrag zu erwerben.

Bindung an Schlussrechnung

BGH, U.v. 23.10.2008 - VII ZR 105/07

LEITSATZ

1. An eine Schlussrechnung ist der Architekt gebunden, wenn der Auftraggeber auf eine abschließende Berechnung des Honorars vertrauen durfte und er sich im berechtigten Vertrauen auf die Endgültigkeit der Schlussrechnung in schutzwürdiger Weise so eingerichtet hat, dass ihm eine Nachforderung nicht mehr zugemutet werden kann (Bestätigung von BGH, Urteil vom 5. November 1992 - VII ZR 52/91, IBR 1993, 157 = BGHZ 120, 133 und Urteil vom 22. Mai 1997 - VII ZR 290/95, BGHZ 136, 1).

2. Allein die Bezahlung der Schlussrechnung ist keine Maßnahme, mit der sich der Auftraggeber in schutzwürdiger Weise auf die Endgültigkeit der Schlussrechnung einrichtet.

3. Die Unzumutbarkeit der Nachforderung setzt voraus, dass die dadurch entstehende zusätzliche Belastung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles für den Auftraggeber eine besondere Härte bedeutet.

Vergaberecht

Benennung des Nachunternehmers

OLG München, B.v. 22.01.2009 - Verg 26/08

LEITSATZ

Es kann für die Bieter unzumutbar sein, bereits bei Angebotsabgabe die Benennung der von ihnen einzusetzenden Nachunternehmer vorzunehmen und entsprechende Verpflichtungserklärungen vorzulegen. Die Namen der Nachunternehmer und die Verpflichtungserklärungen müssen aber bis spätestens zu dem Zeitpunkt vorliegen, in welchem die Vergabestelle ihre Zuschlagserteilung treffen will.

HINWEIS

Das OLG München schließt sich der Entscheidung des BGH vom 10.06.2008 (X ZR 78/07) an. Danach kann es für den Bieter unzumutbar sein, schon bei der Angebotsabgabe verbindlich mitteilen zu müssen, welche Subunternehmer er bei der Ausführung einschalten will. Die spätere namentliche Benennung von Nachunternehmern sowie die Vorlage von Verpflichtungserklärungen generell bis zur Zuschlagserteilung ist dem Bieter in jedem Fall zuzumuten.

Das OLG München stellt fest, dass es im konkreten Fall unzumutbar war, bereits mit Angebotsabgabe die namentliche Benennung der Nachunternehmer und die Einreichung von Verpflichtungserklärungen zu fordern. Die Bieterin hätte diese Erklärungen aber spätestens bis zum Zeitpunkt der geplanten Zuschlagserteilung einreichen müssen. Da sie dies unterlassen hat, war der Nachprüfungsantrag zu Recht zurückgewiesen worden.

VOF-Verfahren: HOAI-Mindestsatzunterschreitung I

VK Sachsen, B.v. 08.08.2008 - 1/SVK/039-08

LEITSATZ

Verlangt ein Bieter in einem VOF-Verfahren für Besondere Leistungen nur marginale Beträge, kommt ein Ausschluss des Angebots als HOAI-widrig nicht in Betracht, wenn es sich um isolierte Besondere Leistungen handelt. Isolierte besondere Leistungen unterliegen nicht dem Preisrecht der HOAI (nicht amtlicher Leitsatz).

HINWEIS

Im entschiedenen Fall schrieb die Vergabestelle Oberleitungs- /Bauüberwachungsleistungen europaweit für den Neubau von Brückenbauwerken im Verhandlungsverfahren aus. Die Antragstellerin bot als Bieterin die ausgeschriebenen Leistungen an. Die Vergabestelle beabsichtigte das Angebot der Antragstellerin u.a. wegen einer Unterschreitung der HOAI-Mindestsätze nicht zu berücksichtigen. Den hiergegen gerichteten Nachprüfungsantrag hielt die Vergabekammer Sachsen für begründet. Im Einklang mit der Rechtsprechung des OLG Stuttgart, Beschluss vom 28.11.2002, 2 Verg 14/02, des OLG Frankfurt, Beschluss vom 28.02.2006, 11 Verg 15/05 und 16/05, sowie des OLG Brandenburg, Beschluss vom 08.01.2008, Verg W 16/07, ist es dem Auftraggeber verwehrt, bei einer vermuteten HOAI-Mindestsatzunterschreitung ohne Anhörung des Bieters einen Ausschluss auszusprechen oder diesen nicht zu berücksichtigen. Die Vergabestelle hat dem Bieter vielmehr im Rahmen einer Nachverhandlung über den HOAI-widrigen Angebotsteil Gelegenheit zu geben, diesen Angebotsteil HOAI-konform zu korrigieren. Erst wenn sich der Bieter im Rahmen einer Nachverhandlung einer gebotenen Korrektur verschließt, ist sein Angebot endgültig auszuschießen.

Bestandteil der angebotenen Leistungen waren auch Leistungen der ökologischen Bauüberwachung in Form des Einsatzes eines ökologischen Bauüberwachers. Diese Leistungen bot die Antragstellerin mit einem Pauschalbetrag an. Dieser Pauschalbetrag erschien der Vergabestelle unter Berücksichtigung des Mindestsatzes gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 2 HOAI als unangemessen niedrig und nicht auskömmlich. Auch den hiergegen gerichteten Nachprüfungsantrag erachtete

die Vergabekammer Sachsen für begründet. Die konkret nachgefragten Leistungen stellten „isolierte besondere Leistungen“ dar, d.h. Leistungen, die nicht als Grundleistungen in einem Leistungsbild aufgeführt sind oder an deren Stelle treten. Isolierte besondere Leistungen unterliegen nicht der Preisbindung der HOAI. Für sie enthält die HOAI keine Honorarregelung. Handelt es sich nicht um mindestsatzgebundene Leistungen, war der auf eine Mindestsatzunterschreitung gestützte Ausschluss nicht haltbar.

ZUSÄTZLICHE MITTEL FÜR BUNDESBAUTEN UND ERLEICHTERTE VERGABEVERFAHREN

Die Bundesregierung stellt mit dem zweiten Konjunkturpaket insgesamt zusätzliche 750 Millionen Euro für Investitionen in Liegenschaften des Bundes bereit. Ein Drittel dieser Gelder erhalten Institutionen, die auf Grund ihrer Bedeutung vom Bund gefördert werden: Dazu gehören Forschungseinrichtungen wie die Helmholtz-Gemeinschaft, die Max-Planck- und die Fraunhofer-Gesellschaft sowie Kultur- und Bildungseinrichtungen wie die Stiftungen Preußischer Kulturbesitz, Preußische Schlösser und Gärten, Weimarer Klassik und viele andere wichtige Institutionen in unterschiedlichsten Bereichen. Je ein Drittel der Mittel gehen in militärische und zivile Bundesliegenschaften. Schwerpunkt ist die Verbesserung der Energieeffizienz. Außerdem hat der Bundesbauminister auf zwei Jahre befristet das Vergaberecht vereinfacht, um die Maßnahmen zu beschleunigen. Seit Anfang Februar können Aufträge für Baumaßnahmen bis 100.000 Euro ohne Ausschreibung vergeben werden, bis zu 1 Million Euro im beschränkten Bewerbungsverfahren. Durch die Anhebung der Schwellenwerte für "kleine Baumaßnahmen" des Bundes von 1 auf 5 Millionen Euro können rund 80 Prozent der Projekte um bis zu sechs Monate früher vergeben werden.

VOF-Verfahren: HOAI-Mindestsatzunterschreitung II

OLG Frankfurt, B.v. 09.08.2007 - 11 Verg 6/07

LEITSATZ

1. Eine (versteckte) Unterschreitung des Mindestsatzes kann auch durch den Ansatz zu niedriger Prozentsätze aus den Leistungsbildern für die betreffenden Leistungsphasen erfolgen.
2. Ist Gegenstand eines Nachprüfungsantrags eine Wertung im VOF-Verfahren, so prüfen die Nachprüfungsinstanzen nur, ob die Grenzen des der Auftraggeberseite zustehenden Beurteilungsspielraums überschritten sind. Die Dokumentation muss dementsprechend so beschaffen sein, dass aus ihr erkennbar wird, ob der Auftraggeber diese Anforderungen erfüllt hat.
3. Ist die Dokumentation ungenügend, ist das Verfahren ab dem Zeitpunkt, zu dem die Dokumentation ungenügend wird, zu wiederholen. Eine Nachholung der Dokumentation im Vergabenaachprüfungsverfahren ist nicht möglich. Das zu wiederholende Verfahren kann bis zur Grenze der Identität des Beschaffungsvorhabens neu gestaltet werden.

HINWEIS

Der Fall hat eine europaweite VOF-Ausschreibung von Ingenieurleistungen für die Planung und Ausführung einer Kanalsanierung zum Gegenstand. Die Antragstellerin des Nachprüfungsverfahrens und Beschwerdeführerin vor dem OLG Frankfurt hatte insgesamt drei Nachprüfungsanträge gestellt. Mit dem Letzten wurde in dem Beschwerdeverfahren vor dem OLG Frankfurt u.a. gerügt, dass die Vergabestelle in den Verdingungsunterlagen nicht angegeben hatte, mit welchen Prozentsätzen die ausgeschriebenen Teilleistungen verschiedener Leistungsphasen zu bewerten sind. Durch die unterlassene Bewertung der Teilleistungen in den Verdingungsunterlagen oblag es den Bietern, die zu vergebenden Teilleistungen selbst zu bewerten. Die Gefahr einer Mindestsatzunterschreitung lag mithin nahe. Das OLG Frankfurt stellt fest, dass eine versteckte Unterschreitung des Mindestsatzes auch durch den Ansatz zu niedriger Prozentsätze aus den Leistungsbildern für die betreffenden Leistungsphasen resultieren kann. Aus dem Umstand, dass zwischen beiden streitgegenständlichen Angeboten eine erhebliche Differenz bei der prozentualen Bewertung der

Teilleistungen bestand, liegt aus Sicht des Senats eine Mindestsatzunterschreitung nahe. Die Vergabestelle war deshalb gehalten, zu prüfen, ob die Honorarermittlung § 5 Abs. 2 HOAI entspricht oder gegen § 4 Abs. 2 HOAI verstößt. Dies war im vorliegenden Fall unterlassen worden.

Eignungsnachweise

VK Nordbayern, B.v. 28.01.2009 - 21.VK-3194-55/08

LEITSATZ

1. Bei der Wahl der geforderten Eignungsnachweise steht der VSt ein entsprechendes Ermessen zu.
 2. Grundsätzlich kann und darf sich ein öffentlicher Auftraggeber bei der Vorbereitung der Vergabe eines Vergabevorschlags eines Dritten bedienen.
 3. Der Bieter kann seinen Nachprüfungsantrag nur dann auf eine fehlende oder unzureichende Dokumentation stützen, wenn sich die diesbezüglichen Mängel gerade auch auf seine Rechtsstellung im Vergabeverfahren nachteilig ausgewirkt haben könnten.
 4. Bei der Beurteilung der Eignung handelt es sich um eine Prognoseentscheidung. Dem Auftraggeber ist ein Beurteilungsspielraum zuzugestehen. Die Vergabekammer kann nur überprüfen, ob Beurteilungsfehler vorliegen, die sich aus der Nichteinhaltung des vorgeschriebenen Verfahrens, einer unvollständigen oder unzutreffenden Sachverhaltsermittlung oder der Einbeziehung sachwidriger Erwägungen in die Entscheidung ergeben.
 5. Der bloße Hinweis eines Bieters, dass er bereits an der Grenze kalkuliert habe, rechtfertigt keinesfalls den Schluss, dass das günstigere Angebot eines anderen Bieters damit automatisch ein Unterangebot sein muss. Die materielle Beweislast dafür, dass der von einem Konkurrenten angebotene Preis im Sinne von § 25 Nr. 2 Abs. 3 VOL/A in einem offenbaren Missverhältnis zur Leistung steht, trägt die Antragstellerin, nicht die Antragsgegnerin.
-

Immobilienrecht

GbR ist grundbuchfähig

BGH, B.v. 04.12.2008 - V ZB 74/08

LEITSATZ

1. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) kann unter der Bezeichnung in das Grundbuch eingetragen werden, die ihre Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag für sie vorgesehen haben.
2. Sieht der Gesellschaftsvertrag keine Bezeichnung der GbR vor, wird die GbR als „Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestehend aus...“ und den Namen ihrer Gesellschafter eingetragen.
3. (...)

HINWEIS

Der Bundesgerichtshof hat mit Beschluss vom 04.12.2008 die seit langem umstrittene Frage der Grundbuchfähigkeit einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts entschieden. Bislang war umstritten, ob eine GbR als solche als Eigentümerin oder Inhaberin von dinglichen Rechten an einem Grundstück in das Grundbuch eingetragen werden kann. Die bislang überwiegende Auffassung hatte dies verneint. Nach anderer Auffassung in Rechtsprechung und Literatur war eine solche Eintragung möglich. Nach einer dritten Meinung waren neben der Gesellschaft selbst auch ihre Gesellschafter in das Grundbuch einzutragen.

Der 5. Zivilsenat des BGH folgt nunmehr im Ansatz der zweiten Meinung. Ausgehend von der Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der GbR hält der BGH es für zulässig, die GbR nunmehr unter ihrer im Gesellschaftsvertrag bestimmten Bezeichnung in das Grundbuch einzutragen. Fehlt

die Regelung einer derartigen Bezeichnung der Gesellschaft im Gesellschaftsvertrag, kann die GbR auch in der Form eingetragen werden, dass die Bezeichnung des Berechtigten mit „Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ gekennzeichnet wird und mit dem Zusatz „bestehend aus“ die Namen der Gesellschafter hinzugefügt werden.

Doppelte Schriftformklausel - AGB-Kontrolle

BAG, U.v. 20.5.2008 - 9 AZR 382/07

LEITSATZ

1. Eine vom Arbeitgeber im Arbeitsvertrag als Allgemeine Geschäftsbedingung aufgestellte doppelte Schriftformklausel kann beim Arbeitnehmer den Eindruck erwecken, jede spätere vom Vertrag abweichende mündliche Abrede sei gemäß § 125 Satz 2 BGB nichtig. Das entspricht nicht der wahren Rechtslage. Denn gemäß § 305b BGB haben individuelle Vertragsabreden Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Dieses Prinzip des Vorrangs (mündlicher) individueller Vertragsabreden setzt sich auch gegenüber doppelten Schriftformklauseln durch. Eine zu weit gefasste doppelte Schriftformklausel ist irreführend. Sie benachteiligt den Vertragspartner deshalb unangemessen iSv. § 307 Abs. 1 BGB.
2. (...)

HINWEIS

Die nunmehr mit vollständigen Urteilsgründen vorliegende Entscheidung des BAG vom 20.05.2008 erklärt sog. doppelte Schriftformklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen (entschieden für Arbeitsverträge) für unwirksam.

BUNDESREGIERUNG WILL AKTIENRECHT MODERNISIEREN

Die Bundesregierung hat zur Modernisierung und Deregulierung des Aktienrechts einen Gesetzentwurf vorgelegt. Ziel ist es, die Anforderungen an die Transparenz im Vorfeld der Hauptversammlung und den Zugang zu Informationen für den Aktionär zu verbessern. Außerdem sollen auswärtige Aktionäre ihre Rechte in der Hauptversammlung leichter ausüben können, z.B. durch Ausübung des Stimmrechts auf elektronischem Wege oder durch Briefwahl. Im Bereich der Stimmrechtsvertretung sollen insbesondere das sogenannte Depotstimmrecht der Banken erheblich dereguliert und die Möglichkeit der Bevollmächtigung eines Kreditinstituts flexibler und kostengünstiger ausgestaltet werden. Zur weiteren Bekämpfung missbräuchlicher Anfechtungsklagen will die Bundesregierung in den Regelungen zum Freigabeverfahren die Interessenabwägungsklausel präzisieren.

Doppelte Schriftformklauseln sind Klauseln, die auch den Verzicht der Parteien auf ein vertraglich vereinbartes Schriftformerfordernis der Schriftform unterwerfen („Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Dies gilt auch für den Verzicht auf das Schriftformerfordernis selbst.“). Derartige Klauseln haben die Besonderheit, dass die in ihnen vereinbarte Abbedingung der Schriftform lediglich schriftlich und nicht nur mündlich möglich ist. Nach der nunmehr vorliegenden Entscheidung des BAG sind derartige Klauseln zumindest in Arbeitsverträgen als Allgemeine Geschäftsbedingungen gemäß den

§§ 307 Abs. 2 Nr. 1, 305 b BGB unwirksam. Diese Entscheidung kann weitreichende Auswirkungen für das gesamte Vertragsrecht, insbesondere für Immobilienverträge haben. Entscheidungen, die diese Rechtsprechung des BAG auf andere Bereiche ausdehnen liegen zwar bislang (noch) nicht vor. Dennoch werden doppelte Schriftformklauseln in Formularverträgen ihren Verwendern künftig keine Rechtssicherheit mehr vor mündlichen, insbesondere stillschweigend erfolgenden Vertragsänderungen bieten.

Theißen Stollhoff & Partner
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT



– INTERN –

➤ **TSP: Kommunalrechtliches Forum 2009**

TSP Theißen Stollhoff & Partner wird im Frühjahr zum 3. Mal ein Kommunalrechtliches Forum veranstalten. Auf dem Kommunalrechtlichen Forum 2009 werden Sie Informationen und Fachvorträge zur Vergaberechtsreform 2009, den Änderungen der VOB/A 2009 sowie zum neuen Forderungssicherungsgesetz erhalten. Einzelheiten werden Ihnen hierzu in Kürze bekannt gemacht.

➤ **TSP: Neue Beratungsmandate**

Die Kanzlei TSP Theißen Stollhoff & Partner wurde jüngst u.a. mit der baubegleitenden Rechtsberatung eines Botschaftsneubaus, dem Vergabemanagement eines Schulneubaus sowie der Beratung der Planerleistungen für den Ausbau des Digitalfunknetzes eines Flächenstaates beauftragt. Bisherige Beratungsprojekte im Bau- und Infrastrukturbereich laufen darüber hinaus weiter.

➤ **TSP: Baurechtliche Großverfahren erfolgreich abgeschlossen**

Der Kanzlei gelang es mehrere baurechtliche Großverfahren, hierunter einen langjährigen Rechtsstreit mit hohem Streitwert für einen kommunalen Träger, erfolgreich abzuschließen. Die Schlagkraft der Kanzlei in gerichtlichen Auseinandersetzungen wird hierdurch erneut dokumentiert.

➤ **TSP: Homepage ausgeweitet**

Das Online-Informationsangebot der Kanzlei wurde weiter ausgebaut. Auf www.ts-law.de finden Sie aktuelle TSP-Fachseminare (☞ Fachseminare ☞ Fachseminare 2009), Informationen und Materialien zum Bau- und Immobilienrecht, Architekten- und Ingenieurrecht sowie zum Vergaberecht (☞ Publikationen ☞ Materialien).

Auf einen Blick

Ablauf des VOF-Vergabeverfahrens *

1. Anwendungsbereich:

- Nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbare freiberufliche Leistung (§ 2 VOF)
- Schwellenwert 206.000 € (§ 2 Ziff. 3 VOF)

2. Vorinformationsverfahren: bei Auftragswert von mehr als 750.000 € (§ 9 Ziff. 1 VOF)

3. Vergabeart: Verhandlungsverfahren mit vorheriger Vergabebekanntmachung (§ 5 Ziff. 1 VOF)

4. Vergabebekanntmachung: siehe Muster – abrufbar unter <http://simap.eu.int>

5. Teilnahmeantrag (§§12 bis 14 VOF)

Frist: Mindestens 37 Tage, bei besonderer Dringlichkeit mindestens 15 Tage (§ 14 VOF)

Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (§ 12 VOF):

- Bankenerklärung oder Berufshaftpflichtversicherungsdeckung
- Vorlage von Bilanzen oder Bilanzauszügen, falls deren Veröffentlichung vorgeschrieben
- Erklärung über den Gesamtumsatz und den Umsatz bzgl. der nachgefragten Dienstleistungen (letzte drei Geschäftsjahre)

Nachweis der fachlichen Eignung (§ 13 VOF i.V.m. § 23 VOF):

- Berufszulassung bzw. Studienbescheinigung u.a.
- Referenzen (letzte drei Jahre)
- Angabe über die technische Leitung
- Erklärungen über die Anzahl der Mitarbeiter und Führungskräfte (letzte drei Jahre)
- Ausstattung (Geräte etc.)
- Qualitätsmanagement
- Ggf. Kontrollmaßnahmen
- Eventuell beabsichtigte Unterauftragsvergabe

6. Prüfung der Teilnahmeanträge durch den Auftraggeber

- | | | |
|-------------------|--|-----------------------|
| Kriterien: | - Prüfung der Ausschlusskriterien (§ 11 VOF) | - Berufsqualifikation |
| | - Fachkunde | - Leistungsfähigkeit |
| | - Zuverlässigkeit | - Erfahrung |

7. Bewerberauswahl: Mindestens drei Bewerber (§ 10 VOF)

8. Auftragsverhandlungen mit den ausgewählten Bewerbern (§§ 16, 24 VOF)

9. Vergabeentscheidung (§16 VOF)

- | | | |
|------------------------------|---|--------------------------------------|
| Kriterien:
(bspw.) | - Qualität | - Fachlicher und technischer Wert |
| | - Ästhetik | - Zweckmäßigkeit |
| | - Umwelteigenschaften | - Kundendienst und technische Hilfe |
| | - Leistungs-/Ausführungszeitraum od. –frist | - Preis/Honorar (im Rahmen der HOAI) |

10. Vergabevermerk (§ 18 VOF)

11. Vorabinformation (§ 13 VgV; künftig § 101a GWB)

12. Mitteilungen (§§17,19 VOF)

Melde- und Berichtspflichten (§ 19 VOF): auf Verlangen der Europäischen Kommission

Bekanntmachungen über vergebene Aufträge (§17 Ziff. 1 VOF): zwingende Bekanntmachungspflicht

Nichtberücksichtigung (§ 17 IV VOF): innerhalb von 15 Tagen nur auf Antrag

(*Stand: Februar 2009)