

Newsletter

TSP Theißen Stollhoff & Partner Rechtsanwaltsgesellschaft

Baurecht, Vergaberecht, Immobilienrecht, Architekten- und Ingenieurrecht

AKTUELLES AUS DER RECHTSPRECHUNG

Editorial

Baurecht

Vertragsstrafklausel

BGH, U.v. 06.12.2007 - VII ZR 28/07

LEITSATZ

1. Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers, nach der der Auftragnehmer für den Fall, dass er mit der Fertigstellung des Bauvorhabens in Verzug gerät, eine Vertragsstrafe in Höhe von 0,3 % der Auftragssumme pro Werktag zu zahlen hat, benachteiligt den Auftragnehmer nicht allein deswegen unangemessen (Bestätigung von BGH, Urteil vom 14. Januar 1999 - VII ZR 73/98, BauR 1999, 645).

2. Eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers, die im Anschluss an die Vereinbarung einer kalendermäßig bestimmten Fertigstellungsfrist folgende Regelung enthält: "Die Frist gilt als verbindlich und verlängert sich auch nicht durch witterungsbedingte Beeinträchtigungen. Bei Überschreitung der Ausführungsfrist hat der Auftragnehmer eine Vertragsstrafe von 0,3 % der Auftragssumme pro Werktag des Verzuges zu zahlen, höchstens jedoch 10 % der Schlussrechnungssumme." ist wegen unangemessener Benachteiligung des Auftragnehmers unwirksam.

HINWEIS

In der vorstehenden Entscheidung bestätigt der BGH zunächst die

Wirksamkeit einer formularvertraglichen Vertragsstrafe in Höhe von 0,3 % der Auftragssumme pro Werktag. Dies war zweifelhaft geworden, nachdem der BGH im Jahre 2003 die maximal zulässige Vertragsstrafenhöhe von 10% auf 5% halbiert hatte. Nach Ansicht

Die aktuelle Ausgabe **2-2008** unseres Newsletters informiert Sie über den aktuellen Stand der Rechtsprechung zum Bau-, Immobilien- und Vergaberecht.

Wichtig sind die Entscheidungen des BGH vom 06.12.2007 zur Wirksamkeit von Vertragsstrafklauseln sowie des OLG Karlsruhe vom 13.06.2008 zur Ausschreibungspflicht von Grundstücksverkäufen mit Bauverpflichtung.

Die geplanten Neuerungen durch das am 26.06.2008 vom Deutschen Bundestag verabschiedete Forderungssicherungsgesetz finden Sie in der Rubrik „Auf einen Blick“.

Wir wünschen Ihnen eine interessante Lektüre.

TSP Theißen Stollhoff & Partner
Rechtsanwaltsgesellschaft

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

Inhalt

Aktuelles aus der Rechtsprechung	1
Nachrichten aus der Bau- und Immobilienwirtschaft	
➤ Vergabehandbuch 2008	2
➤ Entwurf der EnEV 2009	3
➤ Überarbeitung des Referentenentwurfs zur HOAI	5
➤ Novellierung des Vergaberechts	6
➤ Modernisierung des GmbH-Rechts	7
➤ Energieausweis auch für Altbauten	8
TSP Theißen Stollhoff & Partner – Intern	9
Auf einen Blick	
Aktuelles zum Forderungssicherungsgesetz	10

des BGH sieht jedoch die im Leitsatz zitierte Klausel hinsichtlich witterungsbedingter Beeinträchtigungen eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unzulässige verschuldensunabhängige Vertragsstrafe vor. Zudem verstoße die vorstehende Klausel gegen das Transparenzgebot. Unter „Auftragssumme“ könne einerseits die nach der Abwicklung des Vertrags tatsächlich geschuldete Vergütung und andererseits – zur Abgrenzung der in der Klausel zugleich verwendeten Bezugsgröße „Schlussrechnungssumme“ – die Vergütung verstanden werden, die sich nach der von den Parteien vor der Ausführung des Auftrags vorgesehenen Vergütung bemisst. Daher ist die Bemessungsgrundlage für den Tagessatz der Vertragsstrafe nicht eindeutig bestimmt. Denn es bestehen nach Ansicht des BGH hier zwei verschiedene gleichwertige Möglichkeiten, den Begriff „Auftragssumme“ auszulegen. Diese Unklarheit führt dazu, dass die Rechte und Pflichten der Beklagten in der Klausel nicht entsprechend dem Transparenzgebot klar und präzise umschrieben sind.

Folgen eines unberechtigten Mangelbeseitigungsverlangens

BGH, U.v. 23.01.2008 - VIII ZR 246/06

LEITSATZ

Ein unberechtigtes Mangelbeseitigungsverlangen des Käufers nach § 439 Abs. 1 BGB stellt eine zum Schadensersatz verpflichtende schuldhaftige Vertragsverletzung dar, wenn der Käufer erkannt oder fahrlässig nicht erkannt hat, dass ein Mangel der Kaufsache nicht vorliegt, sondern die Ursache für das Symptom, hinter dem er einen Mangel vermutet, in seinem eigenen Verantwortungsbereich liegt.

HINWEIS

Immer wieder kommt es in der Praxis vor, dass ein Unternehmer unberechtigt zur Mängelbeseitigung aufgefordert wird. Beseitigt der Auftragnehmer gleichwohl den Mangel, für den er überhaupt nicht verantwortlich ist, kann er nach Ansicht des OLG Düsseldorf, IBR 2007, 479, hierfür keine Vergütung verlangen. Ob der Unternehmer dagegen Schadensersatz, insbesondere Ersatz der Untersuchungskosten beanspruchen kann, wird nicht einheitlich beantwortet. Für das Kaufrecht entschied der BGH nunmehr, dass ein un-

VHB 2008

Das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS) hat per Erlass für den Bereich des Bundeshochbaus zum 1. Juli 2008 eine vollständige Neufassung des Vergabe- und Vertragshandbuchs für die Baumaßnahmen des Bundes (VHB) eingeführt. Neben einer neuen Struktur enthält das VHB 2008 wesentliche inhaltliche Änderungen (z.B. zu Wartung/Instandhaltung, Angebotschreiben, Bewerbungsbedingungen, Verpflichtungserklärungen) und neue Formblätter (z.B. für Mahnung, Verzug und Kündigung, etc.). Das VHB 2008 finden Sie unter www.bmvbs.de.

berechtigtes Mängelbeseitigungsverlangen eine zum Schadensersatz verpflichtende schuldhaftige Vertragsverletzung darstellt. Die innerhalb eines bestehenden Schuldverhältnisses gebotene Rücksichtnahme auf die Interessen der gegnerischen Vertragspartei erfordere, dass der Käufer vor der Inanspruchnahme des Verkäufers im Rahmen seiner Möglichkeiten sorgfältig prüft, ob die in Betracht kommenden Ursachen für das Symptom, hinter dem er einen Mangel vermutet, in seiner eigenen Sphäre liegen. Allerdings müsse der Käufer nicht vorab klären und feststellen, ob die von ihm beanstandete Erscheinung Symptom eines Sachmangels ist. Bleibt letztlich ungewiss, ob tatsächlich ein Mangel vorliegt, darf der Käufer nach Ansicht des BGH Mängelrechte geltend machen, ohne Schadensersatzpflichten wegen einer schuldhaften Vertragsverletzung befürchten zu müssen. Ob diese Entscheidung des BGH über das Kaufrecht hinaus auch auf das Werkvertragsrecht übertragbar ist, bleibt abzuwarten.

Mehrvergütung bei verzögertem Zuschlag

OLG Hamm, U.v. 26.06.2008 - 21 U 17/08

LEITSATZ

1. Vom Bieter und Auftraggeber im Vergabeverfahren abgegebene Willenserklärungen sind grundsätzlich dahin auszulegen, dass sie in vergaberechtskonformer Weise gemeint sind.

ENTWURF DER ENEV 2009

Das Bundesministerium für Verkehr, Bauwesen und Stadtentwicklung hat zwischenzeitlich seinen Entwurf der EnEV 2009 vorgelegt. U.a. sind folgende Änderungen vorgesehen:

- die energetischen Anforderungen an den Jahres-Primärenergiebedarf und die Wärmedämmung energetisch relevanter Außenbauteile sollen um jeweils rund 30 Prozent steigen;
- oberste Geschossdecken müssen unter bestimmten Voraussetzungen künftig gedämmt werden, wenn sie begehbar sind;
- Klimaanlageanlagen müssen mit Einrichtungen zur Be- und Entfeuchtung nachgerüstet werden;
- Nachtstromheizungen, die 30 Jahre oder älter sind, sind mittelfristig außer Betrieb zu nehmen;
- künftig soll verstärkt kontrolliert werden, ob die Verordnung eingehalten wird.

Den Entwurf der EnEV 2009 finden Sie unter www.bmv.de.

2. Die Anfrage des Auftraggebers nach einer Binde- und Zuschlagsfristverlängerung, die darauf erteilte Zustimmung des Bieters und die Erteilung des Zuschlags durch den Auftraggeber auf das verlängerte Angebot beziehen sich grundsätzlich auf eine Leistung gemäß der unveränderten ursprünglichen Ausschreibung. Dies gilt auch für bereits überholte Ausführungsfristen, es sei denn, dass hinreichend deutlich gemacht wird, dass eine Änderung der zeitlichen Vorgaben gewollt ist.

3. Der Vertrag kommt deshalb in der Regel auch bei einer zeitlichen Überholung zunächst mit den ursprünglich ausgeschriebenen Ausführungsfristen zustande.

4. Es besteht deshalb die Notwendigkeit, den geschlossenen Vertrag, in zeitlicher Hinsicht an die Wirklichkeit anzupassen (Zwei-Stufen-Modell). Diese Anpassung, die der Auftraggeber möglicherweise einseitig gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B anordnen kann, zu der die Vertragsparteien einander aber jedenfalls wegen des gegenseitigen Kooperationsgebotes verpflichtet sind, braucht der Auftragnehmer nicht ohne Ausgleich seiner auf Grundlage seiner ursprünglichen Kalkulation zu berechnenden Mehrkosten hinzunehmen.

5. Nach diesen Grundsätzen kann dem Auftragnehmer eine Mehrvergütung auch dann zustehen, wenn in der Ausschreibung Ausführungsfristen nicht kalendermäßig bestimmt waren, sondern die Fristen vom Tag des bis zu einem bestimmten Datum vorgesehenen Zuschlags berechnet werden sollten.

HINWEIS

Das OLG Hamm folgt der bisherigen OLG-Rechtsprechung (BayObLG, IBR 2002, 500; OLG Jena, BauR 2005, 1367) und bestätigt das sog. "Zwei-Stufen-Modell": Auch nach einer Verlängerung der Bindefrist kommt mit dem Zuschlag unmittelbar der Vertrag auf Basis der ursprünglichen Vertragsbedingungen zustande, d.h. auf Grundlage der in der Ausschreibung bekannt gemachten Termine und Ausführungsfristen (1. Stufe). Im Zuschlag liegt jedoch zugleich eine Änderungsanordnung hinsichtlich der nach Eintritt der Verzögerung anzupassenden Termine und Ausführungsfristen (2. Stufe). Nach Ansicht des OLG Hamm kann der Auftragnehmer nach § 2 Nr. 5 VOB/B, jedenfalls aber aufgrund des gegenseitigen Kooperationsgebotes, eine Preisanpassung beanspruchen.

Umsatzsteuer auf Entgelte bei Bauzeitverzögerungen

BGH, U.v. 24.01.2008 - VII ZR 280/05

LEITSATZ

1. Der gemäß § 642 BGB zu zahlenden Entschädigung liegt eine steuerbare Leistung des Unternehmers zugrunde. Diese Entschädigung ist Entgelt im Sinne von § 10 Abs. 1 UStG und damit Bemessungsgrundlage für den Umsatz.

2. Die gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B zu zahlende geänderte Vergütung ist Entgelt im Sinne von § 10 Abs. 1 UStG für die geänderte Leistung des Auftragnehmers und damit Bemessungsgrundlage für den Umsatz.

3. § 6 Nr. 6 VOB/B gewährt dem Auftragnehmer einen Schadensersatzanspruch, dem keine steuerbare Leistung zugrunde liegt, sodass hierfür eine Umsatzsteuerpflicht ausscheidet.

HINWEIS

Nach Ansicht des BGH ist bei Zahlungsansprüchen aus Bauzeitverzögerungen hinsichtlich der Ausweisung der Umsatzsteuer nach der jeweiligen Anspruchsgrundlage zu unterscheiden. Der Anspruch aus § 2 Nr. 5 VOB/B ist auf die Anpassung der für die Leistung des Auftragnehmers zu entrichtenden Vergütung gerichtet. Damit erhöht sich auch die Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuer. Gleiches gilt nach Ansicht des BGH für den Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB. Der vom Gesetz verwendete Begriff „Entschädigung“ lässt die Umsatzsteuerpflicht nicht entfallen. Entscheidend ist vielmehr, dass der Unternehmer gem. § 642 BGB dafür vergütet wird, dass er im Rahmen seiner Leistungserbringung Kapital und Arbeitskraft bereithält. Dagegen stellen Schadensersatzzahlungen nach § 6 Nr. 6 VOB/B keine Gegenleistung dar. Mit dem Schadensersatz wird lediglich der Ausgleich des Vermögensschadens verlangt, der sich aus Behinderungen ergibt. Auf Schadensersatzzahlungen nach § 6 Nr. 6 VOB/B ist nach Ansicht des BGH daher keine Umsatzsteuer auszuweisen.

Übernahme von Planungsrisiken

OLG Jena, U.v. 07.02.2008 - 1 U 102/07

LEITSATZ

Bei einer funktional beschriebenen Leistung gehört es zu den Aufgaben des Auftragnehmers, die planerischen Vorgaben des Auftraggebers auf ihre Vollständigkeit zu überprüfen und insoweit vorhandene Planungsfehler zu korrigieren.

Wirksamkeit einer Gewährleistungsbürgschaft

OLG Frankfurt, U.v. 25.03.2008 - 10 U 147/07

LEITSATZ

Die Vereinbarung eines Verzichts des Bürgen auf die Rechte des § 768 BGB in Allgemeinen Geschäftsbedingungen führt wegen der damit verbundenen Aushebelung des Akzessorietäts-

prinzips zu einer unangemessenen Benachteiligung des Bürgen und ist daher nach § 9 AGB-Gesetz unwirksam. Damit wird aber nicht der Bürgschaftsvertrag als ganzer hinfällig, sondern er bleibt nach § 6 Abs. 1 AGB-Gesetz ohne diesen Verzicht bestehen.

HINWEIS

Nach § 768 BGB kann der Bürge die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden wie z.B. Verjährung oder Erfüllung der Hauptschuld gegenüber dem Bürgschaftsgläubiger geltend machen. Um dies zu vermeiden, wurden in der Vergangenheit in Allgemeinen Geschäftsbedingungen häufig Bürgschaften vereinbart bzw. Bürgschaftsmuster vorgegeben, in welchen der Bürge auf die Rechte aus § 768 BGB verzichtet. In beiden Fallkonstellationen ist nach der ständigen Rechtsprechung gemäß § 307 BGB der Ausschluss des in § 768 BGB verankerten Akzessorietätsprinzips unwirksam. Höchststrichterlich noch nicht geklärt ist dagegen, ob derartige Allgemeine Geschäftsbedingungen zur Unwirksamkeit der Sicherungsabrede insgesamt führen. Dies hätte zur Folge, dass der Klauselverwender den Anspruch auf Sicherheitsleistung vollständig verliert. Teilweise wird auch vertreten, dass lediglich der Ausschluss des § 768 BGB wegfällt, sodass die Sicherungsabrede im Übrigen wirksam bleibt. Mit der vorstehenden Entscheidung schließt sich das OLG Frankfurt/Main letzterer Meinung an. Dagegen vertreten die meisten Landgerichte erstere Auffassung (vgl. LG Hamburg, IBR 2006, 258; LG München, IBR 2006, 619; LG Wiesbaden, IBR 2007, 617). Es bleibt nunmehr abzuwarten, welcher Auffassung sich der BGH anschließen wird.

Architektenrecht

Prüfung einer Schlussrechnung

OLG Celle, U.v. 07.05.2008 - 14 U 182/07

LEITSATZ

1. Erhebt der auf Zahlung von Werklohn verklagte Auftraggeber nicht innerhalb von zwei Monaten nach Zugang der Schlussrechnung Einwände gegen deren Prüfbarkeit, wird im Honorarprozess abschließend geklärt, ob die Forderung begründet ist (im Anschluss an BGH, Beschluss vom 14.07.2007 - VII ZR 230/06).

2. Die Behauptung, die berechneten Leistungen seien nicht erbracht worden, ist kein Einwand gegen die Prüfbarkeit der Rechnung.

3. Wird eine an den vertraglichen Voraussetzungen orientierte schlüssige Abrechnung nicht vorgelegt (auch nicht nach Erteilung eines richterlichen Hinweises), ist die Forderung endgültig - und nicht lediglich als „zur Zeit unbegründet“ - abzuweisen.

hat nach Ansicht des OLG Hamm zur Folge, dass die wegen Mindestsatzunterschreitung unwirksame Honorarregelung im Architektenvertrag über das Honorar des Projektsteuerungsvertrages kompensiert wird. Einen Mehrhonoraranspruch wegen der Mindestsatzunterschreitung hat das OLG Hamm daher im Ergebnis abgelehnt.

Wirksamkeit einer Honorarabrede

OLG Hamm, U.v. 15.08.2006 - 24 U 125/05

LEITSATZ

1. Planungs- und Projektsteuerungsleistungen können wirksam an einen Auftragnehmer beauftragt werden, auch wenn die Verträge Leistungsüberschneidungen enthalten.

2. Honorarrechtlich sind beide Verträge grundsätzlich getrennt zu behandeln; die HOAI ist auf Projektsteuerungsverträge nicht anwendbar.

3. Die Honorarabrede eines Projektsteuerungsvertrags kann unwirksam sein, wenn der Projektsteuerungsvertrag zur Umgehung des Preisrechts der HOAI geschlossen wurde.

4. Wenn der Planer sich auf die Nichtigkeit der Honorarabrede wegen Mindestsatzunterschreitung beruft, kann über § 139 BGB die Vergütungsabrede im Projektsteuerungsvertrag so anzupassen sein, dass die Gesamtvergütung aus beiden Verträgen unverändert bleibt. (...)

HINWEIS

Es ist in der Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannt, dass es grundsätzlich zulässig ist, ein und dieselbe Person sowohl mit Planungsaufgaben als auch mit der Projektsteuerung zu beauftragen. Werden wie im vorliegenden Fall getrennte Verträge geschlossen, sind beide Verträge grundsätzlich auch honorarrechtlich getrennt zu behandeln. Gleichwohl hat das OLG Hamm beide Verträge im konkreten Fall über § 139 BGB miteinander verknüpft. Im Rahmen der Beweisaufnahme hatte sich nämlich ergeben, dass der Projektsteuerungsvertrag nicht geschlossen worden wäre, wenn für die Honorierung der Architektenleistungen die Mindestsätze der HOAI vereinbart worden wären. Vielmehr stand nach der Beweisaufnahme fest, dass in diesem Fall für die Projektsteuerungsleistungen ein weit geringeres Honorar vereinbart worden wäre. Diese Verknüpfung beider Verträge

ÜBERARBEITUNG DES REFERENTENENTWURFES ZUR HOAI-NOVELLIERUNG

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie hat seinen Referentenentwurf zur HOAI-Novellierung zurückgezogen. Der überarbeitete Entwurf soll nunmehr voraussichtlich bis Herbst dieses Jahres vorgelegt werden.

Kein Honorar für nicht vereinbarte Leistungsphasen

BGH, U.v. 06.12.2007 - VII ZR 157/06

LEITSATZ

1. Leistungen zur Grundlagenermittlung (Leistungsphase 1), Vorplanung (Leistungsphase 2) und Entwurfsplanung (Leistungsphase 3) werden nicht allein deshalb Gegenstand eines Architektenvertrages über Leistungen bei Gebäuden, weil sie einen der übertragenen Leistungsphase 4 des § 15 HOAI notwendig vorangehenden Entwicklungsschritt darstellen (im Anschluss an BGH, Urteil vom 23. November 2006 - VII ZR 110/05, BauR 2007, 571 = NZBau 2007, 180 = ZfBR 2007, 235). (...)

HINWEIS

Der BGH bekräftigt seine bisherige Rechtsprechung. Danach regelt allein der Vertrag, welche Leistungen der Architekt letztlich zu erbringen hat. Der Umfang der zu erbringenden Architektenleistungen ist insbesondere hinsichtlich der Verpflichtung, eine mangelfreie funktions-taugliche Planung zu erstellen, ggf. im Wege der Auslegung des Vertrages gemäß §§ 133, 157 BGB und nicht nach den Preisvorschriften der HOAI zu bestimmen. Denn die HOAI enthält nach Ansicht des BGH keine bindenden Leitbilder für den Inhalt von Architektenverträgen.

Vergaberecht

Grundstücksverkauf mit Bauverpflichtung

OLG Karlsruhe, B.v. 13.06.2008 - 15 Verg 3/08

LEITSATZ

1. Verkauft eine Gemeinde ein Grundstück und verpflichtet den Käufer im öffentlichen Interesse zu einer bestimmten Bebauung, so handelt es sich um die ausschreibungspflichtige Vergabe einer Baukonzession.
2. Lässt ein Mitbewerber sieben Monate verstreichen, bevor er sich mit einem Nachprüfungsantrag gegen die Vergabe des Grundstückes wendet, kann sein Nachprüfungsrecht verwirkt sein.

NOVELLIERUNG DES VERGABERECHTS

Am 04.07.2008 hat der Bundesrat den Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Modernisierung des Vergaberechts diskutiert. Neben konkretisierenden Regelungen, die insbesondere die Vereinfachung des Vergaberechts noch weiter vorantreiben sollen, regt der Bundesrat eine gesetzliche Grundlage an, durch die ein bundesweites Register über "schwere Verfehlungen" von Bieterinnen eingerichtet werden kann. Zudem schlägt er flexiblere Vorschriften für die Länder, z.B. bei der Besetzung der Vergabekammern, und Regelungen zu interkommunalen Kooperationen vor. Die vorgesehene Abschaffung der Einrichtung von Vergabeprüfstellen in den Ländern lehnt der Bundesrat ab.

HINWEIS

Zu dem derzeit im Vergaberecht vorherrschenden Thema zur Ausschreibungspflicht städtebaulicher Verträge mit Bauverpflichtungen ist die vorstehende Entscheidung des OLG Karlsruhe hinzugekommen. Das OLG Karlsruhe vertritt entgegen der VK Baden-Württemberg (IBR 2008, 226) die Ansicht, dass es sich bei städtebaulichen Verträgen und darin enthaltenen Bauverpflichtungen um vergaberelevante Beschaffungsmaßnahmen handelt. Damit schließt sich das OLG Karlsruhe der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (vgl. Newsletter 3-2007, S. 3 und

Newsletter 1-2008, S. 1) an. Dem öffentlichen Auftraggeber ist daher weiterhin zu empfehlen, die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zu beachten und ein Vergabeverfahren durchzuführen.

Skontoabzüge

BGH, U.v. 11.03.2008 - X ZR 134/05

LEITSATZ

1. Wird im Anwendungsbereich der VOB/A in der Ausschreibung dazu aufgefordert, Skontoabzüge anzubieten, so können diese bei der Wertung der Angebote berücksichtigt werden.
2. Die Aufforderung, Skontoabzüge anzubieten, ist in der Regel dahingehend auszulegen, dass die Bedingungen, namentlich die Fristen, für die Gewährung des Skontoabzugs so beschaffen sein müssen, dass der Ausschreibende sie realistischerweise erfüllen kann.
3. Die Prüfung, ob er die Bedingungen für die Gewährung des Skontos erfüllen kann, ist vom Ausschreibenden vorzunehmen; sie kann im Schadensersatzprozess des übergangenen Bieters nur auf ihre Vertretbarkeit überprüft werden.

Aufklärung einer Mischkalkulation

VK Sachsen, B.v. 03.03.2008 - 1/SVK/002-08

LEITSATZ

1. (...)
2. Es existiert kein vorgeschriebenes Verfahren zur Aufklärung einer Mischkalkulation. Entscheidend ist daher, ob ein Bieter zu streitigen Positionen des Leistungsverzeichnisses plausible Erklärungen beibringt und den Verdacht einer Mischkalkulation bspw. auch durch Vorlage der Urkalkulation zerstreut. Ein Antragsteller kann einem Auftraggeber nicht Umfang und Ausgestaltung der Auskömmlichkeitsprüfung diktieren oder zu einem immer weiter und tiefer gehenden Rechtfertigungsszenario zwingen, bis schlussendlich aus der subjektiven Sichtweise des Antragstellers ein Rechtfertigungsmanko der Beigeladenen zu konstatieren ist. Dies gilt umso mehr, als dass es nach wie vor im Verantwortungsbereich des Bieters liegt, wie er seine Preise kalkuliert und zu welchen Preisen er welche Leistungen des Leistungsverzeichnisses anbietet.

HINWEIS

Gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b) i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A sind Angebote, bei denen der Bieter die Einheitspreise einzelner Leistungspositionen in Mischkalkulationen auf andere Leistungspositionen umlegt, grundsätzlich von der Wertung auszuschließen. Bestehen Zweifel

der dem öffentlichen Auftraggeber vorgeschrieben wird, Aufträge für Bauleistungen nur an solche Unternehmen zu vergeben, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmern bei der Ausführung dieser Leistungen mindestens das am Ort der Ausführung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zu zahlen.

BUNDESTAG BESCHLIEßT MODERNISIERUNG DES GMBH-RECHTS

Der Deutsche Bundestag hat am 26.06.2008 das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) beschlossen. Das neue GmbH-Recht soll die Gründung von GmbHs deutlich erleichtern und beschleunigen. Das MoMiG soll im Oktober/November 2008 in Kraft treten.

Das beschlossene Gesetz hat im Gesetzgebungsverfahren einige bedeutende Änderungen erfahren: Vorgesehen ist nun ein Musterprotokoll für unkomplizierte GmbH-Standardgründungen. Zwar muss auch hier der Gesellschaftsvertrag notariell beurkundet werden, jedoch bei niedrigem Stammkapital zu sehr geringen Gebühren. Die Unternehmergesellschaft als neue GmbH-Variante, die ohne Mindeststammkapital auskommt, soll Gründungen zusätzlich erleichtern. Im Übrigen beträgt das Mindestkapital der klassischen GmbH wie bisher 25.000 Euro. Ferner sind im Gesetzgebungsverfahren einige Änderungen zur Verbesserung der Sanierungsfähigkeit der GmbH in der Krise eingeführt worden. Einzelheiten zum Gesetz finden Sie unter www.bmj.bund.de/momig.

daran, ob die Einheitspreise die tatsächlich geforderten Preise für die jeweilige Position enthalten, ist eine Aufklärung erforderlich. Insbesondere ungewöhnlich niedrig bepreiste Angebote in einzelnen Leistungsverzeichnispositionen begründen eine widerlegliche Vermutung für eine Mischkalkulation. Ergibt die Aufklärung aufgrund der von dem Bieter gelieferten Angaben, dass die ausgewiesenen Preise tatsächlich die von dem Bieter für die Leistung geforderten Preise nachvollziehbar ausweisen, kann das Angebot nicht ausgeschlossen werden. Das bedeutet aber auch, dass betreffend des Nachweises über das Vorliegen tatsächlicher Einheitspreise zunächst der Bieter in der Pflicht ist.

Tariftreueverpflichtungen

EuGH, U.v. 03.04.2008 - Rs. C-346/06

LEITSATZ

Die Entsenderichtlinie 96/71/EG, ausgelegt im Licht des Art. 49 EG-Vertrag, steht in einer Situation, wie sie dem Ausgangsverfahren zugrunde liegt, einer gesetzlichen Maßnahme eines Hoheitsträgers eines Mitgliedstaats entgegen, mit

HINWEIS

In der vorstehenden Entscheidung gelangt der Europäische Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass die Tariftreuepflicht nach dem Landesvergabegesetz Niedersachsen mit der Gemeinschaftsrichtlinie über die Entsendung von Arbeitnehmern unvereinbar ist. Zur Begründung führt der EuGH aus, dass der Lohnsatz nach dem Baugewerbe-Tarifvertrag nicht nach einer der in der Entsenderichtlinie vorgesehenen Modalitäten festgelegt worden ist. Zwar gibt es in Deutschland ein System zur Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, doch ist der Baugewerbe-Tarifvertrag nicht für allgemein verbindlich erklärt worden. Die landesrechtlichen Vorschriften entsprechen somit nicht den Bestimmungen der Gemeinschaftsrichtlinie über die Entsendung von Arbeitnehmern, nach denen die Mitgliedstaaten bei einer staatenübergreifenden Erbringung von Dienstleistungen den in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmen unter bestimmten Voraussetzungen Mindestlohnsätze vorschreiben können.

Ersatz des Vertrauensschadens

BGH, U.v. 27.11.2007 - X ZR 18/07

LEITSATZ

1. Der Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens in § 126 Satz 1 GWB setzt kein Verschulden beim Verstoß gegen bieterschützende Bestimmungen voraus.
2. Ein Angebot hätte i. S. von § 126 Satz 1 GWB eine echte Chance auf den Zuschlag gehabt, wenn es innerhalb des Wertungsspielraums der Vergabestelle gelegen hätte, darauf den Zuschlag zu erteilen.
3. Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der für die Auftragserteilung vorgesehenen Wertungskriterien und deren Gewichtung, zu denen der öffentliche Auftraggeber ggf. nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast vorzutragen hat, zu prüfen.
4. Die vom Auftraggeber vorzunehmende Schätzung des Gesamtauftragswerts i. S. von § 1a VOB/A (§ 3 Abs. 1 VgV) bezieht sich auf die unter Wettbewerbsbedingungen voraussichtlich entstehende Gesamtvergütung.
5. Ein Anspruch aus culpa in contrahendo auf Erstattung der Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren kann einem Bieter zustehen, wenn er sich ohne Vertrauen auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens (hier: Schätzung der Gesamtvergütung unterhalb des einschlägigen Schwellenwerts) nicht oder nicht so, wie geschehen, daran beteiligt hätte.

ENERGIEAUSWEIS AUCH FÜR ALTBAUTEN

Ab 1. Juli 2008 sind Energieausweise auch für Gebäude Pflicht, deren Baujahr vor 1965 liegt. Für Neubauten gilt dies bereits seit 2002. Vom 1. Juli an können Wohnungssuchende daher von Vermietern und Verkäufern die Vorlage des Energieausweises verlangen. Eine Broschüre "Energieausweise für Gebäude - nach EnEV 2007" ist auf der Internetseite des Bundesbauministeriums unter www.bmvbs.de abrufbar.

Immobilienrecht

Bestimmung der Öffnungszeiten von Ladenlokal im Einkaufszentrum

BGH, U.v. 07.05.2008 - XII ZR 5/06

LEITSATZ

1. Die Klausel *"Das Geschäftslokal ist im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen über die Ladenschlusszeiten an allen Verkaufstagen mindestens so lange offen zu halten, wie die überwiegende Anzahl aller Mieter ihre Geschäfte offen hält. Der Mieter hat das Recht, die gesetzlichen Ladenöffnungszeiten voll auszuschöpfen. Aus einer bloßen Duldung abweichender Öffnungszeiten durch den Vermieter kann der Mieter keine Rechte herleiten. Zeitweise Schließungen (z.B. aus Anlass von Mittagspausen, Ruhetagen, Betriebsferien, Inventuren u.a.) sind nicht zulässig."* ist wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot unwirksam. (...)

HINWEIS

Der BGH hatte bereits entschieden, dass formularmäßige Verpflichtungen zur Offenhaltung von Ladengeschäften so zu gestalten sind, dass wirtschaftliche Nachteile und Belastungen klar und eindeutig erkennbar sind. Die Intransparenz der Regelung besteht nach Ansicht des BGH darin, dass beim Mieter der Eindruck erweckt wird, nicht die Vermieterin, sondern die Mieter würden über die Öffnungszeiten entscheiden. Tatsächlich werden aber im vom BGH entschiedenen Fall aufgrund von Weisungsrechten in der überwiegenden Anzahl der Mietverträge die Öffnungszeiten im Ergebnis durch den Vermieter festgelegt.

Schriftform bei befristetem Gewerbemietvertrag

OLG Brandenburg, Urteil vom 02.04.2008 - 3 U 80/07

LEITSATZ

1. Nachträgliche, nicht formwährend getroffene Änderungsvereinbarungen zu vertragswesentlichen Umständen führen dazu, dass die Schriftform von nun an nicht mehr gewahrt ist.
2. Die Schriftform in Sinne des § 126 BGB wird durch ein einseitiges Bestätigungsschreiben nicht gewahrt.

3. Die Laufzeit und das Datum des Mietvertrages sind vertragswesentlich und bedürfen damit der Schriftform des § 550 BGB.

4. Ist ein Mietvertrag nicht in der für langfristige Mietverträge vorgeschriebenen Schriftform abgeschlossen worden, so ist eine darauf gestützte vorzeitige Kündigung nicht deshalb treuwidrig, weil der Mietvertrag zuvor jahrelang anstandslos durchgeführt worden ist.

5. Aus dem Umstand, dass die Vertragspartner der Verpflichtung zur Erfüllung des Vertrages über einen längeren Zeitraum nachgekommen sind, lässt sich nicht herleiten, sie hätten darauf vertrauen können, der Vertragspartner werde nicht von der besonderen Kündigungsmöglichkeit Gebrauch machen, die das Gesetz vorsieht, wenn die Schriftform nicht eingehalten ist.

6. Die Berufung auf die Rechtsmissbräuchlichkeit ist ausgeschlossen, wenn der jeweilige Vertrags-

partner selbst nicht schutzwürdig ist, zum Beispiel, weil er die Formbedürftigkeit selbst kannte oder nur infolge grober Fahrlässigkeit verkannt hat. (...)

Kein nachträglicher Erbbauzins wegen versäumter Anpassung

BGH, U.v. 16.05.2008 - V ZR 182/07

LEITSATZ

Dem Berechtigten steht im Sinne des § 7 Abs. 7 Satz 2 VermG ein Nutzungsentgelt nicht zu, das er erst nach einer Anpassung des Miet-, Pacht- oder sonstigen Nutzungsverhältnisses hätte erzielen können.

Theißen Stollhoff & Partner
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT



INTERN

➤ **TSP: Aktuelle Projekte im Infrastrukturbereich**

Aktuelle Projekte von TSP im Infrastrukturbereich beinhalten u. a. das Vertragsmanagement eines Schulzentrum-Neubaus, einer Sporthalle, verschiedener Flughafen-Logistikzentren sowie mehrerer Hotelneubauprojekte. Ferner wurden außergerichtlich Schadensersatzansprüche wegen Mängeln an einem kommunalen Thermalbad-Neubau sowie Honoraransprüche im Zusammenhang mit der Errichtung eines Bahnhof-Gebäudes und im Zusammenhang mit der Errichtung einer Polyethylen-Fabrik durchgesetzt.

➤ **TSP: Neuer Kanzleistandort Leipziger Platz 11**

Die Kanzlei hat pünktlich und ohne Arbeitsunterbrechung zum 01.05.2008 die neuen Räume am Leipziger Platz 11 bezogen. Wir werden im Herbst dieses Jahres für unsere Geschäftspartner und Mandanten einen **Tag der Offenen Tür** veranstalten.

➤ **Arbeitsgemeinschaft: Europäisches Grundstücksrecht (LAW-LINK)**

TSP hat mit Partnerkanzleien aus den Niederlanden, Luxemburg, Spanien und Irland eine „Real-Estate-Workgroup“ für grenzüberschreitende Immobilien-Geschäfte gegründet. Ziel ist es, eine einheitliche Beratungspraxis zu installieren.

➤ **TSP: Seminartermine 2008 (2. Halbjahr)**

Im zweiten Halbjahr 2008 bietet TSP in den Bereichen des Baurechts, Vergaberechts, Energierechts und Architektenrechts zahlreiche Praktiker-Seminare an. Das aktuelle Seminarprogramm ist über www.ts-law.de abrufbar.

Auf einen Blick

Aktuelles zum Forderungssicherungsgesetz

Am 26.06.2008 hat der Bundestag das Gesetz zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen (Forderungssicherungsgesetz) verabschiedet. Das Gesetz verfolgt das Ziel, die Liquidität von Auftragnehmern durch ein Bündel von Maßnahmen zu stärken. Das Forderungssicherungsgesetz bedarf noch der Zustimmung des Bundesrates. Die wichtigsten geplanten Änderungen sind:

1. Privilegierung der VOB/B

Die Privilegierung des Teils B der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/B) gegenüber sonstigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) wird für Verbraucherverträge aufgehoben. Für Verträge im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern oder mit der öffentlichen Hand wird die Privilegierung der VOB/B aus Klarstellungsgründen nunmehr in § 310 BGB gesetzlich festgeschrieben.

2. Ausweitung der Abschlagszahlungen

Der bisherige § 632a BGB wird an die Parallelbestimmung des § 16 Nr. 1 VOB/B angeglichen. Dies führt zu einer Ausweitung des Anspruchs auf Abschlagszahlungen. So können Abschlagszahlungen nicht nur wie bisher bei der Lieferung von Material und bei der Herstellung in sich abgeschlossener Teile des Werks gefordert werden, sondern auch bereits dann, wenn eine selbstständig abrechenbare Leistung vorliegt.

3. Verbesserung der Regelungen zur Durchgriffsfälligkeit

Nach § 641 a BGB a.F. wird der Anspruch des Subunternehmers auch ohne Abnahme fällig, wenn der Hauptunternehmer von seinem Auftraggeber Zahlungen für das vom Subunternehmer erbrachte Werk erhalten hat. Künftig wird die Vergütung des Subunternehmers auch dann fällig, wenn zwar der Hauptunternehmer keine Zahlungen erhalten hat, der Auftraggeber im Verhältnis zum Hauptunternehmer aber die Werkleistung des Subunternehmers abgenommen hat oder diese als abgenommen gilt.

4. Verringerung des Druckzuschlages

Zur Durchsetzung des Nacherfüllungsanspruches darf der Auftraggeber künftig in der Regel nur noch einen Druckzuschlag in Höhe des Zweifachen statt wie bisher des Dreifachen der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten einbehalten.

5. Wegfall der Fertigstellungsbescheinigung

Das durch das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingeführte Institut der Fertigstellungsbescheinigung hat sich in der Praxis nicht bewährt. § 641a BGB entfällt daher ersatzlos.

6. Neufassung der Regelungen zur Bauhandwerkersicherung

In § 648a BGB wird nunmehr klargestellt, dass der Anspruch auf Sicherheitsleistung für den Unternehmer entsprechend der Rechtsprechung des BGH auch nach Abnahme besteht, wenn der Auftraggeber noch Mängelbeseitigung fordert. Einbezogen werden künftig auch Ansprüche, die an die Stelle des Vergütungsanspruches treten, wie z.B. Schadensersatz statt der Leistung. Gegenansprüche auf Erfüllung oder Mängelbeseitigung können vom Auftraggeber dem Anspruch auf Sicherheit nicht mehr entgegengehalten werden. Zudem hat der Unternehmer die Wahl, ob er bei Nichtbestellung der Sicherheit klagt oder den Vertrag kündigt. Das bisherige Erfordernis der Kündigungsandrohung entfällt.

7. Vermutung für Entschädigungshöhe bei Kündigung des Auftraggebers

Bei der freien Kündigung des Auftraggebers wird künftig gem. § 649 BGB n.F. vermutet, dass dem Unternehmer 5% der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung zusteht.