



I. Neues aus der Gesetzgebung

Das Bauforderungssicherungsgesetz (BauFordSiG) soll noch vor dem Sommer wieder geändert werden

In unseren letzten Ausgaben berichteten wir ausführlich über die am 01.01.2009 in Kraft getretenen Neuregelungen des BauFordSiG. Auch die Bundesregierung hat erkannt, dass das BauFordSiG der arbeitsteiligen Bauwirtschaft nicht gerecht wird und will es noch vor dem Sommer in wesentlichen Punkten wieder abändern. Derzeit stellt jede Abschlagszahlung, die - z. B. - ein GU vom Bauherrn erhält, "Baugeld" dar, selbst wenn kein Kredit, sondern Eigenkapital verwendet wird. Dieses Baugeld muss der GU nach der jetzigen Regelung zweckentsprechend – treuhänderisch, etwa durch baustellenbezogene Konten – für die Nachunternehmer der jeweiligen Baumaßnahme verwenden. Unterlässt der GU eine Separierung der Baugelder und fällt er später in Insolvenz, würde das eine persönliche Schadensersatzhaftung der Verantwortungsträger (z. B. Geschäftsführer, Prokuristen etc.) nach sich ziehen.

Jetzt soll das BauFordSiG dahingehend abgeändert werden, dass alle Gelder, die im Rahmen des Geschäftsbetriebes eines Baugeldempfängers für Baumaßnahmen zur Verfügung gestellt werden, in seinem Geschäftsbetrieb verbleiben, also für Baumaßnahmen verwendet werden müssen. Nicht erforderlich soll jedoch die separierte Zweckbindung an einzelne konkrete Baumaßnahmen sein. Diese soll nur noch für Verbraucher-Bauherrn aufrechterhalten bleiben. Nach den geplanten Änderungen können also eingehende Gelder auch zur Finanzierung verschiedener Baustellen verwendet werden. Die Verwaltung der Baugelder über sog. Cash-Pools bliebe danach weiterhin möglich.

Auch § 1 Abs. 2 BauFordSiG soll geändert werden, wonach bisher ein Baubetrieb, der selbst an der Herstellung des Werkes beteiligt ist, Baugeld nur in Höhe der Hälfte des angemessenen Wertes der von ihm erbrachten Leistung für sich behalten darf. Diese 50%-Quote soll gestrichen werden. Wir werden Sie über den Fortgang der Reform unterrichtet halten.

II. Neues aus der Rechtsprechung

1. BGH entscheidet: Das Vergabeverfahrensrisiko trägt der Auftraggeber

Auftraggeber von Bauprojekten müssen die infolge verzögerter Auftragserteilung anfallenden Mehrkosten tragen. Dies hat der BGH am 11. Mai 2009 (Az.: VII ZR 11/08) im Fall der Autobahnanbindung der A 113 zum neuen Berliner Großflughafen BBI entschieden. Wird der Zuschlag auf einen nach VOB/A ausgeschriebenen Bauauftrag erst nach Ablauf der Bindefrist für die Angebote erteilt, trägt der Auftraggeber laut BGH die Mehrkosten aus der Verzögerung nach § 2 Nr. 5 VOB/B. Das gilt auch dann, wenn die Bindefrist verlängert wurde. Eine Ursache von Vergabeverzögerungen kann sein, dass Bieter um öffentliche Aufträge die Vergabeentscheidung

vor Zuschlagserteilung anfechten. Während der Dauer dieses Nachprüfungsverfahrens darf der Auftrag nicht erteilt werden. So war es auch in dem jetzt entschiedenen Fall, in dem erst nach Abschluss des Vergabenachprüfungsverfahrens im Jahr 2004 der Auftrag mit rund einem Jahr Verspätung erteilt werden konnte. Solche Verzögerungen können erhebliche Kosten verursachen, etwa weil Lieferanten ihre Preise erhöhen oder Rohstoffe wie Stahl oder Beton teurer werden. Wenn der Auftrag verspätet erteilt wird, ohne dass der Auftraggeber im Zuschlagsschreiben eindeutig zum Ausdruck bringt, dass er eine andere Ausführungs-

zeit wünscht, aber keine Preisänderung akzeptiert, besteht ein Preisanpassungsanspruch des Auftragnehmers. Das ist der Regelfall, denn der Auftraggeber würde gegen das Nachverhandlungsverbot des § 24 Nr. 3 VOB/B verstoßen, wenn er so drastische Änderungen im Zuschlags schreiben fordert. Kein Bieter wäre verpflichtet, dies zu akzeptieren.

Die zeitliche Überholung der in der Ausschreibung enthaltenen Fristen durch die verspätete Zuschlagserteilung hindert nach Ansicht des BGH nicht den wirksamen Vertragsschluss, der zunächst mit dem ursprünglichen, zeitlich überholten Vertragsinhalt erfolgt. Auf der Basis dieses wirksamen Vertragsschlusses entwickelt der BGH eine ergänzende Vertragsauslegung dahin, dass nun die Parteien über neue, dem eingetretenen Zeitablauf Rechnung tragende Fristen und die daraus resultierenden Preise, sofern diese beeinflusst werden, eine Einigung herbeiführen wollen. Einigt man sich nicht, erfolgt die Festsetzung durch das Gericht.

Der Kernsatz der Entscheidung lautet: *„Die Verzögerung des Vergabeverfahrens darf nicht zu Lasten des Bieters gehen, der sich im Wettbewerb durchgesetzt hat.“*

Es ist nach BGH gleichgültig, ob sich eine Änderung von Grundlagen des Preises durch Anordnungen nach Vertragsschluss oder infolge einer Vergabeverzögerung ergibt. Beide Fälle führen zu einem Preisanpassungsanspruch des Auftragnehmers nach § 2 Nr. 5 VOB/B. Die Argumentation der Entscheidung zeigt, dass es nicht darauf ankommt, ob die Bauzeit nach festen Terminen oder nach Tagen/Wochen ausgeschrieben ist. Entscheidend ist nur, ob (nicht wie) die verzögerte Zuschlagserteilung die Preisgrundlagen nach der Kalkulation des Auftragnehmers beeinträchtigt. Ist dies der Fall, besteht ein Anspruch nach § 2 Nr. 5

VOB/B. Nichts anderes kann gelten, wenn die Verzögerung durch interne Abläufe beim Auftraggeber und nicht durch ein Nachprüfungsverfahren verursacht werden.

LEINEMANN PARTNER RECHTSANWÄLTE, die die erfolgreiche klagende ARGE A 113 von Anfang an vertreten haben, führen noch zwei andere Verfahren zum Thema, die derzeit beim BGH anhängig sind, sowie zahlreiche weitere Prozesse in erster und zweiter Instanz. Eines der weiteren BGH-Verfahren betrifft auch die Berechnung des Anspruchs der Höhe nach, was in der jetzt entschiedenen Sache noch nicht Thema war, weil nur ein Grundurteil gefällt werden musste. Schon die jetzige Urteilsbegründung des BGH lässt indes keinen Zweifel daran, dass jedenfalls erhöhte Kosten für Stahl und Zement im Vergleich zu den der Kalkulation zugrunde liegenden Ansätzen zu vergüten sind.

In einer Presseerklärung begrüßte es Prof. Dr. Ralf Leinemann anlässlich der Urteilsverkündung ausdrücklich, dass nun die öffentliche Bauverwaltung für von ihr ausgehende Verzögerungen bei der Auftragsvergabe auch finanziell die Verantwortung tragen muss. Nach seiner Auffassung sollten insbesondere die Bauministerien in Anbetracht der auf sie nun zukommenden Welle von Mehrvergütungsansprüchen künftig ihre Organisation neu aufstellen, wenn nicht gar ganz aus der Genehmigungskette herausgenommen werden.

Die Entscheidung ist abrufbar über www.leinemann-partner.de, Quick-Link-Nr. 2030901

Die Berichterstattung in der FAZ ist abrufbar über www.leinemann-partner.de, Quick-Link-Nr. 2030902

Aktuelles dazu stets auf unserer Webseite www.leinemann-partner.de/News.

RA Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin

2. OLG Köln: Unterzeichnete Stundenlohnzettel stellen widerlegbares An- erkenntnis dar

Das OLG Köln (Az.: 24 U 167/07) hatte sich mit der Frage auseinandergesetzt, welchen Charakter vom Auftraggeber (AG) unterzeichnete Stundenlohnzettel haben, wenn der AG die geleisteten Stunden spä-

ter bestreitet. Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Ein AG schloss mit dem Auftragnehmer (AN) einen Stundenlohnvertrag über den Abbruch und den Wiederaufbau einer Ba-

saltmauer ab. Der AN rechnete seine Leistungen unter der Vorlage von Stundenzetteln, die sämtlichst vom AG unterzeichnet sind, zu einem Preis von ca. EUR 10.000,00 ab. Dennoch verweigerte der AG die Bezahlung, weil der der Ansicht ist, der AN habe unangemessen viele Stunden aufgewandt. Angemessen sei höchstens eine Vergütung in Höhe von EUR 2.400,00. Dieser Betrag wäre auch bei einer Abrechnung nach Einheitspreisen angefallen. Das Landgericht gab der Klage des AN statt, ohne Beweis über die Angemessenheit der aufgewendeten Stunden zu erheben. Der AG legte erfolgreich Berufung gegen dieses Urteil ein.

Das OLG ist zwar der Ansicht, dass der AG durch die unterschriebenen Stundenlohnzettel bestätigt hat, dass die dort aufgeführten Stunden tatsächlich geleistet worden sind. Die Unterzeichnung von Stundenlohnzetteln stelle insofern auch ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis dar. Die Reichweite dieses Anerkenntnisses ist aber auf die Anzahl der dokumentierten Stunden begrenzt. Mit der Unterzeichnung durch den AG sind weitergehende Einwendungen, etwa gegen die Angemessenheit der aufgewendeten Stunden, regelmäßig nicht abgeschnitten. Aus diesem Grund konnte der AG auch geltend machen, dass der AN zu langsam gearbeitet und damit seine Pflicht zur wirtschaftlichen Betriebsführung verletzt habe.

3. OLG Düsseldorf: Bauvertragskündigung ohne Fristsetzung wegen Verzugs

Das OLG Düsseldorf hat in einem Urteil vom 09.05.2008 (Az.: 22 U 191/07, Nichtzulassungsbeschwerde vom BGH am 26.02.2009 zurückgewiesen) entschieden, dass der Auftraggeber (AG) den Bauvertrag mit einem Auftragnehmer (AN) auch dann wegen eines eingetretenen Verzugs mit der Leistungserbringung ohne Fristsetzung sofort kündigen kann, wenn absehbar ist, dass der AN eine Vertragsfrist aus von ihm zu vertretenen Gründen nicht einhalten kann. Nach Ansicht des OLG ist es zulässig, vor Fristablauf den AN abmahnend zu warnen, wenn schwerwiegende Zweifel an einer termingerechten Leistung vorliegen. Nach dem bisherigen Bauablauf im entschiedenen Fall durfte der AG er-

Bei Vorliegen einer Verletzung dieser Nebenpflicht stünde dem AG dann ein Schadensersatzanspruch zu. Dafür muss der AG lediglich darlegen, welchen Aufwand er für angemessen hält, wofür ausreichend ist, dass er den angemessenen Werklohn mit EUR 2.400 Euro beziffert. Das OLG Köln führt weiter aus, dass es nicht notwendig sei, die Höhe des angemessenen Werklohns etwa durch ein Privatgutachten zu unterlegen. Für die Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens wäre ausreichend, wenn das Ergebnis mitgeteilt wird, zu dem der Sachverständige gelangen soll.

Selbst bei unterzeichneten Stundenlohnzetteln kann sich der AG also noch erfolgreich gegen die Höhe der Vergütung zur Wehr setzen. Das entspricht der überwiegenden Rechtsprechung. Der AG trägt für einen mutmaßlich unangemessen hohen Zeitaufwand zwar die Darlegungs- und Beweislast und muss darlegen, welchen Aufwand er für angemessen hält. Dies kann er jedoch auch durch einen Vergleich der Stundenlohnrechnung mit einer fiktiven Abrechnung nach Massen und üblichen Einheitspreisen erreichen.

Die Entscheidung ist abrufbar über www.leinemann-partner.de, Quick-Link-Nr. 2030903

RA Dr. Thomas Hildebrandt, Hamburg

hebliche Bedenken daran haben, dass der AN termingerecht mit seinen Arbeiten verspätet beginnen würde. Nach einer entsprechenden Warnung durch den AG hatte der AN zwar noch einen Aufholplan vorgelegt. Dieser ließ jedoch nicht erkennen, auf welche Weise der AN die eingetretenen Verzögerungen aufholen wollte. Eine Nachfristsetzung mit Kündigungsandrohung ist für den AG immer dann entbehrlich, wenn dies dem AG unzumutbar ist, weil der AN den Vertragszweck gefährdet.

Die Entscheidung ist abrufbar über www.leinemann-partner.de, Quick-Link-Nr. 2030904

RA Dr. Thomas Hildebrandt, Hamburg



Achtung! Änderungen im Vergaberecht in Kraft getreten

Für ab dem 24.04.2009 europaweit bekannt gemachte Vergabeverfahren gelten die durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz in Kraft getretenen Änderungen des GWB. Folgende Änderungen sind relevant:

1. Die Bieterinformationsfrist verkürzt sich auf 9 Kalendertage bei Übersendung der Bieterinformation per Fax oder auf elektronischem Weg. Am 10. Tag nach Absendung des Bieterinformationsschreibens kann nunmehr der Zuschlag wirksam erteilt werden (vorher am 15. Tag). Vergaberechtsverstöße, die sich aus der Bieterinformation ergeben, müssen daher unverzüglich gerügt werden und ein gegebenenfalls zu stellender Nachprüfungsantrag muss sofort vorbereitet werden.
2. Nunmehr müssen nicht nur aus der Bekanntmachung sich ergebende Vergabeverstöße bis spätestens zu der in der Bekanntmachung genannten Frist zur Angebotsabgabe gerügt werden, sondern auch die sich aus den Vergabeunterlagen erkennbaren Verstöße. Nach Angebotsabgabe kann ein Nachprüfungsantrag nicht mehr auf bereits aus den Vergabeunterlagen erkennbare Verstöße gestützt werden. Zum Beispiel kann sich auch ein Bieter, der keine Nebenangebote abgegeben hat, nach Versendung der Bieterinformation, aus der sich ergibt, dass ein Nebenangebot gewertet werden soll, nicht darauf berufen, dass in den Vergabeunterlagen keine Mindestkriterien für die Wertung von Nebenangeboten angegeben waren.
3. Es gibt erstmalig in Deutschland eine Ausschlussfrist für die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Weist der Auftraggeber eine Rüge zurück, kann bezüglich dieses gerügten Vergaberechtsverstößes ein Nachprüfungsverfahren nur innerhalb von 15 Tagen nach Eingang der Rügezurückweisung gestellt werden.
4. Ein Antragsteller, der vor Ergehen der Entscheidung der Vergabekammer einen Nachprüfungsantrag zurücknimmt, hat in jedem Fall die beim Auftraggeber und bei einem eventuell beigeladenen Unternehmen entstandenen Rechtsanwaltskosten zu tragen. Bisher war dies nur in wenigen Bundesländern der Fall.

Zur Fortbildung empfehlen wir das Seminarangebot von LEINEMANN & PARTNER. Am 30.06.2009 findet in unseren Berliner Kanzleiräumen ein Seminar „Update Vergaberecht 2009“ statt. Näheres und Anmeldung *unter* www.leinemann-partner.de/Seminare.

RA Dr. Eva-Dorothee Leinemann, Berlin

Bitte senden Sie mir (zutreffendes bitte ankreuzen):

- Künftig Ihre kostenfreien baurechtlichen Informationen (ich bin noch nicht in Ihrem Verteiler)
 Ihre baurechtlichen Informationen künftig per Email an

Ich sende Ihnen eine Email an nzb@leinemann-partner.de und bitte um künftige Übersendung Ihrer baurechtlichen Informationen an meine Absenderadresse per Email.

Wir haben neue Kanzleibroschüren seit 15. Mai 2009. Bestellen Sie sich ein Exemplar !

- Die neue Broschüre „Bau- und Immobilienrecht von LEINEMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE
 Die neue Broschüre „Vergaberecht“ von LEINEMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE

Name/Firma:
Adresse:



»Kanzlei des Jahres
für Privates Baurecht«

Bitte absenden an LEINEMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE, Postfach 08 05 32, oder **per Fax: 030/ 20 64 90 92**

Impressum:

Infodienst für Bau- und Vergaberecht, herausgegeben von LEINEMANN & PARTNER RECHTSANWÄLTE,
Friedrichstraße 185 – 190, 10117 Berlin, Telefon: 030-2064190, Telefax: 030-20649092

E-Mail: info@leinemann-partner.de

Ständige Mitarbeiter: Dr. Thomas Hildebrandt, Prof. Dr. Ralf Leinemann (V.i.S.d.P.)

WWW.LEINEMANN-PARTNER.DE