

RUNDBRIEF BAU UND IMMOBILIEN 3/2005

THEMEN

Privates Baurecht:

Vorbehalt der Änderung der Bauausführung im Bauträgervertrag unwirksam

Zwangsvollstreckungsunterwerfung im Bauträgervertrag wirksam möglich

Aufrechnungsverbote in Bauverträgen wirksam

Immobilienrecht:

Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft bei Verwaltung des Gemeinschaftseigentums

Mietrecht:

Versorgungssperre bei Mietrückstand

Rückforderung gezahlter Betriebskosten bei unterbliebener Abrechnung

Aufweichung starrer Fristen zu Schönheitsreparaturen wirksam möglich

Vergaberecht:

Vergabe einer Dienstleistungskonzession muss transparent erfolgen

Vergabeverfahrensrisiko beim Auftraggeber

Nachprüfung auch von De-facto-Vergaben

Privates Baurecht:

Vorbehalt der Änderung der Bauausführung im Bauträgervertrag unwirksam

Ein Unternehmer veräußerte von ihm zu sanierende Eigentumswohnungen in einem Altbau. Entgegen der Vertragsbestandteil gewordenen Baubeschreibung baute der Unternehmer anstatt zweiflügeliger lediglich einflügelige Fenster ein. Hierzu berief er sich auf seinen in der Baubeschreibung enthaltenen Vorbehalt mit folgendem Wortlaut:

„Grundlage der Bauausführung ist diese Baubeschreibung. Änderungen der Bauausführung, der Material- und Baustoffwahl, soweit sie gleichwertig sind, bleiben vorbehalten.“

Die Eigentümergemeinschaft nahm den Unternehmer – nach vorheriger Nachbesserungs-

aufforderung – auf Schadenersatz für die eigenmächtig geänderte Ausführung am Gemeinschaftseigentum in Anspruch.

Der Bundesgerichtshof spricht der Eigentümergemeinschaft den Schadenersatz zu und erklärt den Vorbehalt der Änderung der Bauausführung im Bauträgervertrag für unwirksam. Der einseitige Vorbehalt verstößt gegen § 10 Nr. 4 AGBG (jetzt: § 308 Nr. 4 BGB). Aus der gewählten Formulierung ist weder zu erkennen, dass der Unternehmer nur bei Vorliegen triftiger Gründe zu einer Änderung der Bauausführung berechtigt sein soll, noch nennt die Klausel die erforderlichen triftigen Gründe. Schließlich ist dem Wortlaut der Klausel nicht zu entnehmen, in welcher Weise die Interessen der Erwerber im Falle einer Änderung berücksichtigt werden. Die vorzunehmende Wahl „gleichwertiger Materialien“ ist zu unbestimmt.

Hinweis: Die Gegenstand des Verfahrens gewordene, vielfach verwendete, Klausel sollte nicht mehr vereinbart werden. Ein dem Bauträger eingeräumter Änderungsvorbehalt sollte wegen des in § 307 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 S. 2 BGB enthaltenen Transparenzgebotes nicht – für den Erwerber überraschend – in der Baubeschreibung untergebracht werden. Die Änderung der Bauausführung durch den Bauträger sollte nur dann möglich sein, wenn sie z.B. aufgrund behördlicher Anweisungen oder Änderung der Realisierung des Objektes notwendig wird, sich nicht wertmindernd auf das Vertragsobjekt auswirkt und dem Erwerber zumutbar ist.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 23.06.2005 zum Az. VII ZR 200/04 (<http://www.bundesgerichtshof.de>)

Privates Baurecht:

Zwangsvollstreckungsunterwerfung im Bauträgervertrag wirksam möglich

Die Parteien eines Bauträgervertrages hatten vereinbart, dass sich der Erwerber der sofortigen Vollstreckung in sein gesamtes Vermögen für Ansprüche des Bauträgers aus dem Vertrag unterwirft. Voraussetzung für den Nachweis der Fälligkeit der Ansprüche des Bauträ-

gers war die Bestätigung des Bautenstandes und der Mangelfreiheit durch eine Fertigstellungsbescheinigung eines vereidigten Sachverständigen nach § 641 a BGB. Der vom Bauträger eingeschaltete Sachverständige bestätigte nach Ortsbesichtigung und Begutachtung die Fertigstellung des Bauzustands „Rohbau“ und verwarf die vom Erwerber eingewandten Mängel als überwiegend den noch folgenden Ausbau betreffend. Aufgrund dessen erteilte der beurkundende Notar dem Bauträger eine vollstreckbare Ausfertigung des Vertrages. Hiergegen legte der Erwerber Beschwerde nach § 15 BNotO gegen den Notar ein.

Das Landgericht Schwerin verwirft die Beschwerde. Die vom vereidigten Sachverständigen erteilte Fertigstellungsbescheinigung nach § 641 a BGB stellt eine öffentliche Urkunde im Sinne des § 726 Abs. 1 ZPO dar. Mit ihr kann daher der Nachweis der Fälligkeit der bescheinigten (Teil-)Leistung erbracht werden. Der Notar hatte daher eine vollstreckbare Ausfertigung der Vertragsurkunde zum Zwecke der Zwangsvollstreckung in das gesamte Vermögen des Erwerbers ausstellen dürfen. Die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung durch den Erwerber im Bauträgervertrag ist nur dann richtig, wenn der Notar ermächtigt wird, die Vollstreckungsklausel ohne besonderen Nachweis der Fälligkeit zu erteilen. Hier wird jedoch der Nachweis durch die Fertigstellungsbescheinigung als Urkunde gefordert – und wurde erbracht.

Hinweis: Bislang ist höchstrichterlich noch ungeklärt, ob die Fertigstellungsbescheinigung eines vereidigten Sachverständigen als Fälligkeitsnachweis für die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung der Bauträgervertragsurkunde ausreicht. Die Argumentation des Landgerichtes Schwerin, die Fertigstellungsbescheinigung solle nach dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen auch im Urkundsverfahren zu einem vollstreckbaren Titel führen und sei daher eine Urkunde i.S.d. § 726 Abs. 1 ZPO lässt sich zwar hören. Bis zu einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes dürfte es aber am sichersten sein, keine Zwangsvollstreckungsunterwerfung im Bauträgervertrag vorzusehen.

Landgericht Schwerin, Beschluss vom 08.10.2004 zum Az. 4 T 11/04, *NJW-RR 2005, 747 f.*, *NZM 10/2005*

Privates Baurecht: Aufrechnungsverbote in Bauverträgen wirksam

Der Träger eines Studentenwohnheims beauftragte ein Bauunternehmen mit Fassadenarbeiten. Dem Vertrag lag die VOB/B zugrunde. Nachdem das Bauunternehmen die Arbeiten teilweise ausgeführt hat, stellte es seinen Betrieb ein. Anschließend wurde das Gesamtvollstreckungsverfahren über das Vermögen des Bauunternehmens eröffnet. Daraufhin kündigte der Träger des Studentenwohnheims den Bauvertrag. Der Gesamtvollstreckungsverwalter nahm den Träger des Studentenwohnheims auf Vergütung für die bereits erbrachten Teilleistungen in Anspruch. Der Träger des Studentenwohnheims forderte im Gegenzug Ersatz der mit der Fertigstellung durch ein Drittunternehmen einhergehenden Mehrkosten und rechnete gegen die Werklohnforderung auf. Der Gesamtvollstreckungsverwalter berief sich hiergegen auf in der GesO bzw. InsO enthaltene Aufrechnungsverbote.

Der Bundesgerichtshof weist die Klage des Gesamtvollstreckungswalters ab. Aber nicht, weil Vergütungs- und Schadenersatzforderung in einem – wie er bislang angenommen hat – Verrechnungsverhältnis zueinander stehen. Die Werklohnforderung und der Schadenersatzanspruch stehen sich vielmehr – zur Aufrechnung bereit – gegenüber. Da weder §§ 2, 7 Abs. 5 GesO noch § 95 Abs.1 S. 3 InsO in diesem Fall zu einem Aufrechnungsverbot führen, bedeutet die Aufrechnung des Schadenersatzanspruches gegen die Vergütungsforderung die Klagabweisung.

Hinweis: Der Bundesgerichtshof erkennt an, dass die Vergütungsforderung des Unternehmers und die Schadenersatzforderung des Bestellers nach Kündigung des Bauvertrages einander zur Aufrechnung gegenüberstehen. In Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung stellt er fest, dass Aufrechnungsverbote nicht dadurch umgangen werden können, dass ein Verrechnungsverhältnis angenommen wird. Ein vertragliches Verbot, die Schadenersatzforderung des Bestellers gegen den Vergütungsanspruch des Unternehmers aufzurechnen, solange dieser nicht rechtskräftig festgestellt oder vom Unternehmer anerkannt wurde, dürfte demnach künftig zu beachten sein.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 23.06.2005 zum Az. VII ZR 197/03 (<http://www.bundesgerichtshof.de>)

Immobilienrecht:

Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft bei Verwaltung des Gemeinschaftseigentums

Eine Wohnungseigentümergeinschaft, deren Wohnanlage sich im ehemaligen Olympiadorf Münchens befand, schloss durch ihre Verwalterin zur Betreuung der grundstücksübergreifenden Einrichtungen im Jahre 1976 einen Wartungs-, Pflege-, Betriebs- und Erneuerungsvertrag. Die Kosten hierfür wurden bis zum Jahre 1990 in den Wirtschaftsplan und die Jahresabrechnung der Gemeinschaft übernommen. In jenem Jahr beschlossen die Eigentümer, dass für die Fälligkeit der Vorauszahlungen und der Abrechnung die Genehmigung der Gesamtabrechnung und des Gesamtwirtschaftsplanes genügen solle. Einzelwirtschaftspläne, aus denen jeder Eigentümer hätte erkennen können, welche Beträge er wann zu leisten hatte, sollten nicht aufgestellt werden. Als im Jahre 2000 der Wirtschaftsplan für die Jahre 2000 und 2001 von der Mehrheit der Eigentümer genehmigt wurde, der eine Sanierungsumlage von DM 146.465,00 vorsah, focht ein Eigentümer den Beschluss gegenüber den anderen Eigentümern an.

Der Bundesgerichtshof hebt den – nach seiner Ansicht bereits nichtigen – Beschluss auf. Die Aufstellung lediglich eines Gesamtwirtschaftsplanes ohne Aufstellung von Einzelwirtschaftsplänen sei nach § 28 Abs. 1 Nr. 2 WEG unzulässig und könne auch nicht nach § 28 Abs. 5 WEG von den Eigentümern beschlossen werden. Es ist Aufgabe der Eigentümer, die Belastung eines jeden durch den Einzelwirtschaftsplan für alle erkennbar festzulegen. Erst durch Feststellung eines Einzelwirtschaftsplanes entsteht nach § 28 Abs. 2 WEG die Pflicht des einzelnen Eigentümers zu Wohngeldzahlungen an die Gemeinschaft. Dies darf nicht dem Verwalter überlassen bleiben.

Anlässlich dieses Verfahrens stellt der Bundesgerichtshof die Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft bei der Verwaltung des Gemeinschaftseigentums fest: die unauflösliche Wohnungseigentümergeinschaft ist, einem Verein ähnlich, körperchaftlich organisiert (Verwalter, Satzung, Gestaltung durch Beschlüsse). Soweit die Gemeinschaft also im Rahmen der Verwaltung ihres Vermögens nach außen auftritt, z.B. beim Abschluss von Verträgen für das Gemeinschaftseigentum oder der Verfolgung von gemeinschaftlichen Beitrags- oder Schadener-

satzansprüchen, wird sie durch den Verwalter vertreten und nur mit ihrem Gemeinschaftsvermögen verpflichtet. Der Verwalter verpflichtet nicht mehr jeden Eigentümer einzeln und gesamtschuldnerisch. Die Gemeinschaft nimmt unter ihrer Bezeichnung (z.B. WEG Beispielstraße, vertreten durch den Verwalter) aktiv wie passiv am Rechtverkehr teil. Beschlüsse, die allein das Verhältnis der Eigentümer untereinander betreffen, muss der betroffene Eigentümer weiterhin gegenüber seinen Miteigentümern anfechten.

Hinweis: Klargestellt ist, dass das Verwaltungsvermögen der Wohnungseigentümergeinschaft gegenüber dem der einzelnen Eigentümern rechtlich verselbständigt ist. Der Verwalter verpflichtet grundsätzlich nur das Gemeinschaftsvermögen. Das Gemeinschaftsvermögen wird Inhaber von Gemeinschaftsforderungen wie z.B. auf Wohngeld oder Mängeln am Gemeinschaftseigentum. Die Gemeinschaft kann – unabhängig von ihrem aktuellen Mitgliederbestand – klagen und verklagt werden. Sie kann als Gläubigerin einer Zwangshypothek zur Durchsetzung ausstehenden Wohngeldes im Grundbuch eingetragen werden. Künftig können Gläubiger einer Gemeinschaft nur noch auf deren verwaltetes Vermögen zugreifen. Dies umfasst allerdings auch die Ansprüche der Gemeinschaft gegen ihre Mitglieder auf z.B. Wohngeldzahlung oder Übernahme von Instandhaltungsumlagen. Liegen die hierfür erforderlichen Beschlüsse nicht vor, kann das Recht der Gemeinschaft gegenüber dem Mitglied auf Mitwirkung an der Beschlussfassung geltend gemacht werden.

Bundesgerichtshof, Beschluss vom 02.06.2005
zum Az. V ZB 32/05
(<http://www.bundesgerichtshof.de>)

Mietrecht:

Versorgungssperre bei Mietrückstand

Der Vermieter einer Massagepraxis kündigte dem Mieter aufgrund Zahlungsrückstandes mit Miete und Betriebskostenvorschüssen von über € 50.000,00 fristlos und verlangte die Mieträume heraus. Gleichzeitig ließ der Vermieter – nach vorheriger Ankündigung – die Wasserversorgung sperren. Der Mieter beantragte, den Vermieter durch einstweilige Verfügung anzuweisen, ihn weiter mit Wasser zu versorgen, um weiter Massagen durchführen zu können.

Das Kammergericht Berlin hält die Versorgungssperre – entgegen der herrschenden Meinung – für rechtmäßig. Der Vermieter muss dem Mieter nach erfolgter Kündigung des Mietverhältnisses nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 a BGB keine Leistungen mehr zur Verfügung stellen – auch keine Versorgungsleistungen. Da der Mieter weder Miete noch Betriebskosten zahlte, stand dem Vermieter außerdem ein Zurückbehaltungsrecht an den bislang – auf seine Kosten – erbrachten Versorgungsleistungen zu. Zwar wurde der Mieter in der Nutzung der Gewerberäume beeinträchtigt; sie wurden ihm aber nicht – in Vorwegnahme eines eventuellen Räumungsprozesses – entzogen, weshalb auch keine Besitzstörung nach § 858 BGB vorliegt. Außerdem hätte der Mieter die unstreitig offene Forderung des Vermieters ausgleichen und so die Durchsetzung dessen Zurückbehaltungsrecht abwenden können.

Hinweis: Wörtlich heißt es im Urteil, dass es zwar richtig sei, „dass der Vermieter dadurch, dass er Versorgungsleistungen mit Wasser, Strom oder Heizung zurückhält, auf den Mieter Druck dahingehend ausüben kann, die von ihm geschuldete Gegenleistung, nämlich den Mietzins, zu erbringen. Dies ist jedoch nach dem Willen des Gesetzgebers gerade Sinn und Zweck des Zurückbehaltungsrechtes nach § 320 BGB.“ Das Kammergericht zeigt damit einen Weg auf, die nach Vertragskündigung fortgesetzte Nutzung des Mietobjektes auf Kosten des Vermieters zu beenden.

Kammergericht, Urteil vom 08.07.2004 zum Az. 12 W 21/04, NJW-RR 2004, 1665

Mietrecht:
Rückforderung gezahlter Betriebskosten bei unterbliebener Abrechnung

Nach Beendigung eines von 1989 bis 1.10.2001 dauernden Wohnraummietverhältnisses erteilte der Vermieter für die Jahre 2000 und 2001 trotz Aufforderung durch die ehemaligen Mieter keine Abrechnungen über die geleisteten Betriebskostenvorauszahlungen. Die ehemaligen Mieter verlangen daher die vollständige Rückzahlung der geleisteten Betriebskostenvorauszahlungen für die Zeit von Januar 2000 bis einschließlich September 2001.

Der Bundesgerichtshof verpflichtet den Vermieter zur Rückzahlung der geleisteten Vorauszahlungen. Da der Vermieter sich nicht auf eine nachvollziehbare Abrechnung der ihm

lediglich zur Weiterleitung an die Versorgungsträger überantworteten Beträge stützen kann, ist er um die gezahlten Beträge ungerechtfertigt bereichert. Zwar wird ein eventueller Rückforderungsanspruch erst nach Vorliegen einer Abrechnung fällig. Hat der Vermieter aber nicht fristgerecht abgerechnet (vgl. § 4 Abs. 1 S. 2 MHG, § 556 Abs. 3 BGB), müssen die ehemaligen Mieter weder den Vermieter zunächst auf die Erteilung einer Abrechnung in Anspruch nehmen, noch selbst schätzen, welche Betriebskosten tatsächlich angefallen sein könnten, um dann lediglich die Differenz zu den geleisteten Zahlungen geltend machen zu können. Andernfalls verliert die Abrechnungsfrist ihre Bedeutung.

Hinweis: Erfolgt die Betriebskostenabrechnung nicht innerhalb vereinbarter oder gesetzlicher Frist, kann der Mieter – jedenfalls nach beendetem Mietverhältnis – sofort die Rückzahlung der dem Vermieter geleisteten Betriebskostenvorauszahlungen verlangen. Dem Vermieter bleibt es aber unbenommen, über den tatsächlichen Verbrauch nachträglich abzurechnen, sofern nicht bereits die Frist von einem Jahr nach Ablauf des Abrechnungszeitraumes des § 556 Abs. 3 BGB abgelaufen ist.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 09.03.2005 zum Az. VIII ZR 57/04 (<http://www.bundesgerichtshof.de>)

Mietrecht:
Aufweichung starrer Fristen für Schönheitsreparaturen wirksam möglich

Der Vermieter forderte die Mieter eines preisgebundenen Mietverhältnisses nach erfolgter Kündigung zur Durchführung der vereinbarten Schönheitsreparaturen in der Wohnung auf. Die Mieter waren hierzu nicht bereit, weshalb der Vermieter die Forderung anhängig machte. Der Vermieter berief sich hierzu auf folgende, die Beendigung des Mietverhältnisses betreffende Klausel im Mietvertrag:

„Lässt in besonderen Ausnahmefällen während der Mietzeit der Zustand der einzelnen Räume der Wohnung eine Verlängerung der vereinbarten Fristen zu oder erfordert er eine Verkürzung, so kann der Vermieter nach billigem Ermessen die Fristen des Plans bezüglich der Durchführung einzelner Schönheitsreparaturen verlängern oder verkürzen.“

Der Bundesgerichtshof bestätigt die in vielen Mietvertragsformularen verwendete Klausel als ausgewogen. Die Regelung sichert den Anspruch des Vermieters auf die durch den Mietgebrauch erforderlichen Schönheitsreparaturen für den tatsächlichen Abnutzungszeitraum. Zwar sieht der Mietvertrag starre Fristen vor. Diese werden aber durch die Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse nach billigem Ermessen des Vermieters gemäß § 315 BGB wieder „aufgeweicht“ und benachteiligen den Mieter daher nicht. Dieser wird nur für solche Arbeiten in Anspruch genommen, welche aufgrund seines Mietgebrauchs erforderlich sind.

Hinweis: Eine der tatsächlichen Abnutzung der Wohnung entsprechende Beteiligung des Mieters kann durch Vereinbarung einer der Entscheidung des Bundesgerichtshofes zu Grunde liegenden Klausel, welche starre Fristen „aufweicht“, erreicht werden. Diese sieht Schönheitsreparaturen durch den Mieter jedenfalls nach Ablauf der im Vertrag genannten Fristen, aber – nach tatsächlichem Zustand der Mieträume – auch früher oder später vor.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 16.02.2005 zum Az. VIII ZR 48/04 (<http://www.bundesgerichtshof.de>)

Vergaberecht:
Vergabe einer Dienstleistungskonzession muss transparent erfolgen

Die italienische Gemeinde Cingia de Botti schloss ohne förmliches Vergabeverfahren einen Vertrag über Verwaltung, Vertrieb und Wartung eines Gasnetzes ab. Das Unternehmen Padania erhielt kein Entgelt von der Gemeinde, sondern erbrachte Dienstleistungen auf eigenes Risiko gegen Vergütung gegenüber den privaten Gasnetznutzern, weshalb der Vertrag eine nicht dem Vergaberecht unterfallende Dienstleistungskonzession darstellte. Das Stammkapital des beauftragten Unternehmens war überwiegend, aber nicht zu 100 % in öffentlicher Hand. Das vor der Beauftragung des Unternehmens Padania mit der Pflege des Gasnetzes betraute Konsortium Coname focht die Beauftragung an, da die erforderliche Ausschreibung unterblieben sei.

Der Europäische Gerichtshof hält die Vergabe einer Dienstleistungskonzession ohne vorherige europaweite Bekanntmachung für einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit in Art. 43 und 49 EG. Auch Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten als Italien hätte diskriminierungsfrei ermöglicht werden müssen,

ihr Interesse am Erhalt der Konzession zu bekunden. Eine dies nicht erfordernde In-house-Vergabe liegt nicht vor, da das beauftragte Unternehmen nicht zu 100 % in öffentlicher Hand ist.

Hinweis: Soweit es sich bei der Vergabe einer Dienstleistungskonzession nicht um ein In-house-Geschäft handelt und das Vertragsvolumen zumindest die Schwellenwerte der VOL/A erreicht, sollte die beabsichtigte Vergabe jedenfalls europaweit bekannt gemacht werden. Wenngleich der Europäische Gerichtshof hier einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit und nicht gegen das Vergaberecht festgestellt hat, sollte aufgrund der weiteren Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 18.11.2004 in der Rs. C-126/03, nach der unter Verstoß gegen das Vergaberecht geschlossene Verträge keinen Bestand haben dürfen und aufzuheben sind (vgl. VergabeR 2005, 57; IBR 2005, 35), gleichwohl ggf. zusätzlich die Durchführung eines (formellen) Vergabeverfahrens erwogen werden.

Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 21.07.2005 zur Rs. C-231/03 (<http://www.curia.eu.int/de/content/juris/index.htm>)

Vergaberecht:
Vergabeverfahrensrisiko bei Auftraggeber

Im Sommer 1998 wurde der Neubau einer Talsperre im nicht offenen Verfahren nach VOB/A ausgeschrieben. Die Zuschlagsfrist endete am 26.07.1999. Die Arbeiten sollten im August 1999 beginnen und im Dezember 2003 beendet sein. Der Submissionstermin, ebenso wie die Zuschlags- und Bindefrist wurden mehrfach, u.a. wegen geänderter Verbindungsunterlagen und eines Vergabenachprüfungsverfahrens, verschoben. Als der Zuschlag dem günstigsten Unternehmer erteilt wurde, war der ursprüngliche Bauzeitenplan nicht mehr zu halten; der Bau konnte nun nicht vor April 2000 beginnen. Der Unternehmer verlangte, ihm den hiermit verbundenen Mehraufwand zu vergüten. Die Auftraggeberin kündigte dem Unternehmer nach erfolgter Nachfristsetzung. Der Unternehmer verlangt seine ursprüngliche Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen. Die Auftraggeberin verlangt Ersatz der mit der Beauftragung eines Drittunternehmens entstandenen Mehrkosten.

Das Oberlandesgericht Jena spricht dem Unternehmer seine Vergütung nach § 8 Nr. 1

VOB/B, § 649 BGB zu und verwirft den Schadenersatzanspruch der Auftraggeberin aus §§ 8 Nr. 3, 5 Nr. 4 VOB/B. Die aufgrund des Vergabe- und Vergabenachprüfungsverfahrens verlängerte Bauzeit fällt in die Sphäre des Auftraggebers, weshalb der Unternehmer die hierdurch entstehenden Mehrkosten nach § 2 Nr. 5 VOB/B erstattet verlangen kann. Da nicht der Unternehmer den Beginn der Ausführung der Arbeiten nach § 5 Nr. 4 VOB/B verzögert hat, sondern die Auftraggeberin, steht der Auftraggeberin weder ein Kündigungsrecht nach § 8 Nr. 3 A bs.1 VOB/B noch ein Anspruch auf Ersatz der Mehrkosten des Drittunternehmers nach § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B zu.

Hinweis: Verlängert sich die Bauzeit durch ein vom Auftraggeber durchgeführtes Vergabe- und Vergabenachprüfungsverfahren, hat der Unternehmer, dessen Angebot den Zuschlag erhalten hat, Anspruch auf Verlängerung der Bauzeit um die Dauer der Vergabeverfahren. Lehnt der Auftraggeber dies ab, kann er die aufgrund der verkürzten Bauzeit höheren Kosten, z.B. für Mehrarbeit, verlangen. Kündigt der Auftraggeber darauf hin, kann der Unternehmer nach § 649 BGB den ihm entgangenen Gewinn verlangen. Das mit der Durchführung des Vergabeverfahrens verbundene Risiko der Bauzeitverschiebung trägt der das Vergabeverfahren durchführende Auftraggeber.

Oberlandesgericht Jena, Urteil vom 22.03.2005 zum Az. 8 U 318/04, *IBR 2005, 462*

**Vergaberecht:
Nachprüfung auch von De-facto-Vergaben**

Eine kreisfreie Stadt verhandelte ohne förmliches Verfahren mit mehreren Bietern über die Beauftragung zur Abholung und Verwertung von Altpapier im Stadtgebiet. Sie beauftragte schließlich einen Bieter, ohne die anderen hiervon zu unterrichten. Einer der übergangenen Bieter rügt den Vertragsschluss ohne Vergabeverfahren.

Der Bundesgerichtshof erklärt den geschlossenen Vertrag in entsprechender Anwendung der §§ 99 Abs. 1 GWB, 13 Abs. 6 VgV für nichtig, da der Ausschreibungsgegenstand dem Vergaberecht unterliegt, das erforderliche Vergabeverfahren nicht durchgeführt wurde und die Bieter vor dem beabsichtigten Vertragsschluss hierüber nicht unterrichtet wurden.

Hinweis: Auch bei de facto ohne förmliches Verfahren durchgeführten Vergaben gilt der Vergaberechtsschutz mit der Folge der Nichtigkeit des abgeschlossenen Vertrages.

Bundesgerichtshof, Beschluss vom 01.02.2005 zum Az. X ZB 27/04 (<http://www.bundesgerichtshof.de>)

Ihre Ansprechpartner im Bereich Bau und Immobilien:

Büro Hamburg:
Baumwall 7
20459 Hamburg
Tel. 040-369796-15
Fax 040-362088



Rechtsanwalt Markus Ruhmann
E-Mail: m.ruhmann@snb-law.de

Büro Rostock:
August-Bebel-Straße 11
18055 Rostock
Tel.: 0381-45486-15
Fax 0381-4548614



Rechtsanwalt Norbert Wendt
E-Mail: n.wendt@snb-hro.de

Büro Shanghai:
Suite 2302 Shanghai Internat. Trade Center
2201 Yan An Road (West)
200336 Shanghai – VR China
Tel.: 0086-(0)21-6219-8370
Fax 0086-(0)21-62196849



Rechtsanwalt Johannes Weilharter
E-Mail: snb@snb-law.com

Weitere Informationen zur Kanzlei finden Sie unter: www.snb-law.de