

(1. Phase), § 12 VOF die Untersuchung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit (2. Phase) und § 13 VOF die Bewertung der fachlichen Eignung (3. Phase). In einer 4. Phase wählt der Auftraggeber die Bewerber aus, die zu den Vergabeverhandlungen geladen werden müssen.

- ▷ Immer wieder kommt es vor, dass die Verhandlungen mit allen Bietern gleichzeitig geführt werden. Dies ist zum einen aus Gründen des Schutzbedürfnisses anderer Bieter nicht akzeptabel und zum anderen im Interesse der wettbewerblichen Ermittlung des besten Angebots nicht hinnehmbar. Die Verhandlungsgespräche werden durch die Anwesenheit der anderen Bieter gestört.¹
- ▷ Ein weiterer Fehler ist, dass, trotz getrennter Verhandlungen, in der letzten Verhandlungsrunde dem Letztbietenden die Preise seiner Mitbewerber genannt werden, ohne dass seine Konkurrenten auf die (wahrscheinliche) Unterbietung reagieren können. Jede Weitergabe von bedeutsamen Informationen nur an einzelne Bewerber, nicht aber an alle, stellt einen schwerwiegenden Verstoß gegen das Gleichbehandlungsprinzip dar.²

III. Fehler im Vergabeverfahren: Checkliste und Beanstandungsmöglichkeiten

1. Checkliste für typische Fehler im Vergabeverfahren

Nachfolgend wird eine Übersicht über die **wichtigsten Vergabefehler** und die **Möglichkeiten ihrer Behebung** gegeben. 354

- ▷ *Droht die Gefahr, dass die Ausschreibung rechtswidrig gänzlich unterbleiben soll?*

Vergaberechtsschutz nur teilweise und nur unter erschwerten Voraussetzungen möglich, Prüfung von Ansprüchen aus UWG und GWB.

- ▷ *Wurde der Schwellenwert für eine nationale Ausschreibung erreicht?*

Die Schwellenwerte für nationale Ausschreibungen divergieren; Rechtsquelle: Haushaltsrechtliche Vorschriften; Einlegung einer Rechts- und Dienstaufsichtsbeschwerde prüfen.

- ▷ *Wurde der Schwellenwert für eine europaweite Ausschreibung erreicht?*

Nachprüfung im GWB-Nachprüfungsverfahren u. U. möglich, wenn nur national ausgeschrieben wurde, der Schwellenwert aber tatsächlich erreicht ist; evtl. Fall der absichtlichen Unterschätzung (siehe § 3 Abs. 2 VgV); mögliche formale Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens.

- ▷ *Erfolgte eine rechtswidrige Aufhebung der Ausschreibung?*

Seit dem Urteil des EuGH vom Juni 2002³ kann man von einer breit gefächerten Überprüfbarkeit der Aufhebung einer Ausschreibung ausgehen.

1 VÜA Sachsen, EUK 2000, 143.

2 VK Sachsen, EUK 2000, 143.

3 EuGH, VergabeR 2002, 361.

▷ *Sind Fehler im Vergabeverfahren bereits aufgrund der Bekanntmachung erkennbar?*

Bei europaweiten Ausschreibungen an die Rügepflicht nach § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB denken (Rüge bis zur Angebotsfrist); erkennbare Fehler sind z. B.

- Wahl des falschen Vergabeverfahrens,
- keine zur Fristverkürzung berechtigende Dringlichkeit,
- diskriminierende Eignungskriterien,
- unzulässige Zuschlagskriterien.

▷ *Ist der Ablauf des Vergabeverfahrens fehlerhaft?*

- Unklare Leistungsbeschreibungen,
- Fehler im Lastenheft,
- unberechtigte Zulassung von Angeboten, die den formalen Anforderungen nicht genügen und daher zwingend auszuschließen waren,
- Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien;
- Zulassung von vergabefremden Aspekten.

Immer muss der Anwalt an die unverzügliche Rügepflicht nach § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB denken, wobei sich die „Unverzüglichkeit“ je nach Qualität und Komplexität des Fehlers von maximal 14 Tagen auf 1 bis 2 Tage reduzieren kann.

▷ *Wurde die Vorabinformationspflicht nach § 13 VgV eingehalten?*

Ist die Frist von 14 Kalendertagen für die Vorabinformation nicht eingehalten worden oder die Vorabinformation gänzlich unterblieben, so ist der von der Vergabestelle abgeschlossene zivilrechtliche Vertrag gemäß § 13 Satz 4 VgV nichtig.

▷ *Wurde der Vergabevermerk mit einer ausreichenden Dokumentationsdichte angefertigt?*

Mangelhafte Dokumentation kann zur formellen Rechtswidrigkeit des gesamten Vergabeverfahrens führen, auch wenn in materiell-rechtlicher Hinsicht alles korrekt gehandhabt wurde.

▷ *Entspricht die Mitteilung über die Gründe der Nichtberücksichtigung hinreichend den Anforderungen des Ex-ante-Transparenzgebots?*

2. Beanstandung von Verfahrensfehlern

a) Rechtsaufsichtsbeschwerde (unterhalb der Schwellenwerte)

- 355 Rechts- und Dienstaufsichtsbeschwerde können **formlos** eingelegt werden. Die Rechtsaufsichtsbeschwerde betrifft sachliche Fehler des Verwaltungshandelns, wohingegen sich die Dienstaufsichtsbeschwerde gegen das individuelle Fehlverhalten des handelnden Beamten richtet. Der Unterscheidung kommt allerdings

keine große praktische Relevanz zu, da Dienstaufsichtsbeschwerden in der Regel in Rechtsaufsichtsbeschwerden umgedeutet und sachlich abgehandelt werden.

Die Rechtsaufsicht ist befugt, eine **vollständige Kontrolle** des Vergabeverhaltens des öffentlichen Auftraggebers durchzuführen, allerdings ohne dass ein individueller, subjektiver Anspruch auf Einschreiten besteht. Die Rechtsaufsichtsbehörde besitzt einen umfassenden Auskunftsanspruch gegenüber der Vergabestelle, kann die Korrektur rechtswidrigen Verhaltens anordnen, das Unterlassen bestimmter Handlungen verfügen und zur Ersatzvornahme schreiten, wenn die Vergabestelle den Anordnungen der Rechtsaufsichtsbehörde nicht nachkommen sollte. 356

b) Rügeschreiben (oberhalb der Schwellenwerte)

Die Rüge bildet das **zwingend zu durchlaufende Vorverfahren** vor einer Überprüfung durch die Vergabekammer und den Vergabesenat. Die ausschreibende Stelle soll eine letzte Chance erhalten, die etwaigen Fehler im Vergabeverfahren von sich aus abzustellen.¹ Mit dem Vorverfahren wird eine Möglichkeit zur konsensualen Lösung geschaffen. 357

Hinweis:

Nachfolgend wird ein Muster gegeben, das zur Grundlage des Vorgehens gemacht werden kann. Es ist hervorzuheben, dass die Anforderungen an die Rüge, anders als in manchen vergaberechtlichen Entscheidungen und Kommentierungen dargestellt, hoch sind, denn nur so ist eine Korrektur des fehlerhaften Verfahrens möglich.²

Muster eines Rügeschreibens

Vorab via Fax: ...

Vergabestelle ...

Abteilung ...

... Anschrift

Ausschreibungsverfahren betr. die Vergabe Neubau des ... -gebäudes ..., Nr. ...

Rüge gemäß § 107 Abs. 3 GWB

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit rügen wir folgende Fehler in dem oben bezeichneten Vergabeverfahren.

Folgende Gesichtspunkte sind unserer Auffassung nach vergaberechtswidrig:

1.
2.
3.

¹ VK Bund, EUK 2000, 141.

² Zum Konkretisierungsgebot der Rüge auch OLG Frankfurt, EUK 2003, 11 und OLG Düsseldorf v. 26. 3. 2003 – Verg 14/03, VergabE C-10-14/03v.

Wir fordern Sie hiermit auf, die gerügten Verstöße, schon in Ihrem eigenen Interesse, unverzüglich abzustellen und alle notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um das Vergabeverfahren ordnungsgemäß durchzuführen. Im Fall der Nicht-Abhilfe sehen wir uns leider gezwungen, die Vorgänge ggf. durch die zuständige Vergabekammer überprüfen zu lassen.

Abschließend möchten wir betonen, dass uns, ebenso wie Ihnen, an einer konsensualen und partnerschaftlichen Lösung des Problems gelegen ist. Wir kommen hiermit nur der uns vom Gesetzgeber auferlegten Pflicht nach, erkannte Vergabefehler rechtzeitig zu rügen, um unsere Rechte im Vergabeverfahren zu wahren.

Mit freundlichen Grüßen

IV. Private Vergabe

1. Grundsätzliches

- 358 Wenn von „Vergabe“ oder „Vergaberecht“ gesprochen wird, so erfolgt dies meist im Zusammenhang mit der öffentlichen Vergabe, also der Vergabe von Aufträgen der öffentlichen Hand an private Unternehmen. Infolge der besonderen Situation der öffentlichen Auftraggeber, die, abgesehen von der Rechnungsprüfung, keinen besonderen Kontrollen unterliegen, muss ein zusätzliches Reglement eingreifen, das Beschaffungen im Wettbewerb gewährleistet.
- 359 Dieses Reglement ist mit dem öffentlichen Auftragsvergaberecht in Form der **Verdingungsordnungen** geschaffen worden. Die europarechtlichen Harmonisierungsprozesse zur Schaffung eines transparenten, einheitlichen und wettbewerbsrechtlich harmonisierten EU-Binnenmarkts haben die Verdingungsordnungen inhaltlich beeinflusst. Diese sind durch Rechtsverordnungen und gesetzliche Bestimmungen auf eine höhere Wertigkeitsstufe gestellt worden.

2. Betroffene Auftraggeber

- 360 Über die klassischen öffentlichen Auftraggeber (Bund, Länder, Gemeinden – § 98 Nr. 1 GWB) hinaus hat der Gesetzgeber die Regelungen des öffentlichen Vergaberechts auf bestimmte **private und gemischtwirtschaftliche Unternehmen** ausgedehnt (§ 98 Nr. 2 GWB). Insbesondere bei den rein privatrechtlich organisierten **Sektorenauftraggebern** (§ 98 Nr. 4 GWB) wird die private Vergabe öffentlich und ist durch die Sektorenrichtlinie 93/38/EWG reguliert.
- 361 Ein weiterer Fall, in dem die private Vergabe öffentlich wird, ist die **Bezuschussung eines Auftraggebers** mit mehr als 50 % (Fall des § 98 Nr. 5 GWB – so genannte Drittvergabe). Die dahinter stehende Idee ist, wie im gesamten Vergaberecht, dass überall dort, wo öffentliche Gelder investiert werden, das öffentliche Vergaberecht gelten soll. Allerdings ist die Vorschrift des § 98 Nr. 5 GWB nur für die dort genannten, subventionierten Bauvorhaben anwendbar.¹

¹ Werner in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, § 98 Rz. 286 ff.; Dreher, DB 1998, 2579, 2585.

Einen Sonderfall bildet die Untervergabe durch einen **Baukonzessionär** (§ 98 Nr. 6 GWB). Anknüpfungspunkt ist hier die öffentlich-rechtliche Konzessionierung des betreffenden Unternehmers (Baukonzessionärs).¹ 362

Darüber hinaus ist es unstrittig, dass die Administration jederzeit durch Verwaltungsakt (etwa im Rahmen eines **Förderbescheids**) die Anwendung des öffentlichen Vergaberechts festlegen kann. Dies gilt auch unterhalb der von den EG-Vergaberichtlinien geschaffenen Schwellenwerten. 363

3. Anwendung der VOB/A

Die Anwendung des A-Teils der VOB unter Privaten ist rechtlich ohne weiteres möglich und insbesondere hinsichtlich der Vorschriften über die Leistungsbeschreibung etc. häufige Praxis. Insoweit gilt hier nichts Besonderes. 364

Die freiwillige (dispositive) Anwendung der Regeln des Vergaberechts dürfte nicht die Anwendung des Rechtsschutzes nach dem GWB nach sich ziehen², es gilt aber das allgemeine **Wettbewerbsrecht**. 365

1 *Werner* in: Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, § 98 Rz. 289 ff.; *Dreher*, DB 1998, 2579, 2586. Siehe im Übrigen die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen, ABl. EG C 121 vom 29. 4. 2000, S. 2.

2 Sogar für eine öffentliche Vergabestelle nicht, die irrtümlich europaweit ausschreibt. So jedenfalls OLG Stuttgart, EUK 2002, 137.

III. Eilverfahren vor der Vergabekammer

Mit Zustellung eines Nachprüfungsantrags durch die Vergabekammer wird der Vergabestelle die Erteilung des Zuschlags gemäß § 115 Abs. 1 GWB untersagt (**Zuschlagsverbot**). Das Zuschlagsverbot bedeutet nicht, dass die Vergabestelle das Vergabeverfahren gänzlich zum Ruhen bringen muss. Sie kann das Vergabeverfahren fortführen. 224

Beispiel:

Wird von einem nichtberücksichtigten Bieter die Wahl des nichtoffenen Verfahrens mit vorangegangenem Öffentlichem Teilnahmewettbewerb (§ 3 a Nr. 1 Buchst. b VOB/A) im Nachprüfungsantrag beanstandet, führt dessen Zustellung nicht zu einem Verbot, die Angebote der qualifizierten Teilnehmer zu öffnen, zu werten und die Teilnehmer gemäß § 13 VgV über die beabsichtigte Zuschlagserteilung zu informieren.

1. Vorläufige Maßnahmen der Vergabekammer

Werden die Rechte des Antragstellers auf andere Weise als durch den drohenden Zuschlag gefährdet, kann die Vergabekammer auf Antrag gemäß § 115 Abs. 3 GWB weitere vorläufige Maßnahmen gegenüber der Vergabebehörde, zum Beispiel das Verbot mit anderen Bietern zu verhandeln, anordnen. In der Praxis läuft diese Bestimmung weitestgehend leer, da außer der Zuschlagserteilung und der Aufhebung des Vergabeverfahrens kaum Handlungen oder Unterlassungen der Vergabestelle im laufenden Vergabeverfahren vorstellbar sind, die zu einem von der Vergabekammer nicht mehr korrigierbaren Rechtsverlust des Antragstellers führen können. 225

Das Fortsetzen des Vergabeverfahrens mit den anderen Bietern stellt in der Regel keine Gefahr für den übergangenen Bieter dar. War die Wahl des Vergabeverfahrens oder die Nichtberücksichtigung des Bieters rechtswidrig, wird die Vergabekammer die Vergabestelle verpflichten, den Vergabefehler zu heilen, gegebenenfalls das Vergabeverfahren in den Stand zurückzusetzen, in dem der oder die festgestellten Fehler geschahen. 226

2. Vorabgestattung der Zuschlagserteilung

In der Praxis bedeutsamer ist die in § 115 Abs. 2 GWB geregelte Vorabgestattung der Zuschlagserteilung. Die Vergabestelle kann bei der Vergabekammer beantragen, dass ihr gestattet wird, den Zuschlag vor Abschluss des Vergabeverfahrens zu erteilen. Voraussetzung hierfür ist, dass „unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen sowie des Interesses der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zum Abschluss der Nachprüfung die damit verbundenen Vorteile überwiegen“, § 115 Abs. 2 Satz 1 GWB. 227

a) Voraussetzungen

Die **Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags** werden anders als in den Bestimmungen §§ 118 Abs. 1 und 121 Abs. 1 GWB über die Verlängerung der aufschie- 228

benden Wirkung einer sofortigen Beschwerde bzw. der Vorabentscheidung über die Zuschlagsgestattung nicht erwähnt. Eine Berücksichtigung ist europarechtlich nicht gefordert.¹ Die Erfolgsaussichten werden im Rahmen der gemäß § 115 Abs. 2 GWB vorzunehmenden Interessenabwägung zulasten der Vergabestelle berücksichtigt.²

- 229 Die Vorabgestattung der Zuschlagserteilung kommt bei überwiegenden Erfolgsaussichten und bei offenen Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags nur in Betracht, wenn das **Interesse der Vergabestelle** und der Allgemeinheit an der sofortigen Auftragsvergabe von besonderem Gewicht ist. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass nach Zuschlagserteilung mögliche Vergabefehler nicht mehr geheilt werden können und der geschädigte Bieter nur noch Schadensersatz verlangen kann. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer selbst dem **Beschleunigungsgebot** unterliegt und in der Regel nach 5 Wochen abgeschlossen ist und im Fall einer Beschwerde des Bieters das Zuschlagsverbot nach vier weiteren Wochen erlischt. Das Interesse einer sofortigen Zuschlagserteilung muss deshalb das gesetzlich festgeschriebene Interesse an der Zuschlagssperre deutlich übersteigen.
- 230 Das Bundeskartellamt führt hierzu aus:
„Das Primärrechtsschutzinteresse des Antragstellers können angesichts dieser Gesetzesystematik und des zu beachtenden Interesses des beschwerdeführenden Bieters nur solche Gründe aufwiegen, die den zu vergebenden Auftrag so streng fristgebunden erscheinen lassen, dass eine Überschreitung der vorgesehenen Zuschlagsfrist seine Durchführung unmöglich machen oder in unzumutbarer Weise verzögern würde. Dasselbe muss gelten, wenn die drohende Verzögerung geeignet ist, die Funktionsfähigkeit und Aufgabenerfüllung des Auftraggebers spürbar zu beeinträchtigen, wobei diese Beeinträchtigung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein muss.“³
- 231 Die Begründung, dass durch das Nachprüfungsverfahren dringend notwendige Baumaßnahmen von öffentlichen Einrichtungen nicht fristgerecht fertig gestellt werden können und hierdurch Mehrkosten entstehen, sind nicht geeignet, ein überwiegendes öffentliches Interesse an der vorgezogenen Zuschlagserteilung zu begründen.⁴
- 232 Auch bei einer möglichen Unzulässigkeit oder Unbegründetheit des Nachprüfungsantrags darf der Zuschlag deshalb vorab nicht gestattet werden, wenn die behauptete Eilbedürftigkeit von der Vergabestelle mitverursacht worden ist oder keine gravierenden Schäden bei einem Abwarten der Entscheidung der Vergabekammer in der Hauptsache zu erwarten sind.⁵

1 EuGH, VergabE A-1-4/03.

2 OLG Düsseldorf, VergabE C-10-44/02v.

3 VK Bund, VergabE D-1-14/99v.

4 OLG Celle, BauRB 2003, 81; VK Sachsen, VergabE E-13-20/99v.

5 OLG Jena, BauR 2000, 95/97; OLG Celle, VergR 2001, 342; OLG Dresden, VergR 2002, 165; a. A. VK Südbayern, VergabE E-2b-18/00v; VK Bund, VergabE D-1-14/99v; Gröning, ZIP 1999, 184.

b) Verfahren und Entscheidung

Der Antrag auf Gestattung der Zuschlagserteilung kann nur während eines laufenden Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer gestellt werden. Hat die Vergabekammer entschieden, ist der Antrag unzulässig.¹ 233

Vor der Entscheidung hat die Vergabekammer den Beteiligten **rechtliches Gehör** zu gewähren. Eine mündliche Verhandlung ist nicht vorgesehen. Die von der Vergabestelle vorgebrachten Tatsachen für die besondere Eilbedürftigkeit sind zu prüfen. Offene Sachverhaltsfragen gehen zulasten der Vergabestelle. 234

Die Entscheidung ergeht in Form eines Beschlusses. Die Vergabekammer kann die Erteilung des Zuschlags nach Ablauf einer mit der Bekanntgabe des Beschlusses beginnenden 2-Wochen-Frist gestatten. Eine frühere Zuschlagserteilung ist unwirksam. 235

3. Rechtsmittel

Die Anordnung vorläufiger Maßnahmen gegenüber der Vergabestelle ist nicht selbständig angreifbar, § 115 Abs. 3 Satz 3 GWB. 236

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer über die Vorabgestattung ist gemäß § 115 Abs. 2 GWB die Anrufung des Oberlandesgerichts zulässig. Anwaltszwang besteht für dieses Beschwerdeverfahren wohl nicht.² Das OLG kann auf Antrag das Zuschlagsverbot wiederherstellen bzw. der Vergabestelle die vorgezogene Zuschlagserteilung gestatten. Eine Antragsfrist gibt es nicht. 237

Der Antrag des Antragstellers auf Wiederherstellung des Zuschlagverbots hat **keine aufschiebende Wirkung**. Die Vergabestelle kann trotz des laufenden Beschwerdeverfahrens nach Ablauf von zwei Wochen nach Bekanntgabe der Entscheidung den Zuschlag erteilen. 238

Hinweis:

Für den im Eilverfahren unterlegenen Bieter bedeutet dies, dass er möglichst umgehend das Oberlandesgericht anrufen muss und in der sofortigen Beschwerde nicht nur die Wiederherstellung des Zuschlagsverbots, sondern auch die Anordnung eines vorläufigen Zuschlagverbots zu beantragen hat. Das OLG kann durch eine **Zwischenverfügung** die Zuschlagserteilung vorläufig untersagen.³ Gibt die Vergabekammer dem Nachprüfungsantrag zwischenzeitlich statt, steht der Beschluss der Vorabgestattung entgegen. Die Beschwerde hat sich erledigt. Der Antragsgegner kann die Gestattung des Zuschlags durch das OLG nur durch einen Antrag gemäß § 121 GWB erreichen.⁴

1 OLG Naumburg, NZBau 2000, 642, 643.

2 *Reidt* in *Reidt/Stickler/Glahs*, § 115 Rz. 55; *Dreher* in *Immenga/Mestmäcker*, § 115 Rz. 41.

3 *Reidt* in *Reidt/Stickler/Glahs*, § 115 GWB Rz. 50; *Bechtold*, § 115 GWB Rz. 5; *Dreher* in *Immenga/Mestmäcker*, § 115 GWB Rz. 36.

4 *Reidt* in *Reidt/Stickler/Glahs*, § 115 GWB Rz. 57.

4. Kosten

239 Eine gesonderte Kostenentscheidung durch die Vergabekammer ist nicht vorgesehen. Das Oberlandesgericht entscheidet über die Kosten des Beschwerdeverfahrens nach den Grundsätzen der §§ 91 ff. ZPO.

240 5. Muster eines Vorabgestattungsantrags

Antrag auf Vorabgestattung der Erteilung des Zuschlags gemäß § 115 Abs. 2 GWB

In dem Vergabenachprüfungsverfahren
der Firma Büromöbel GmbH

– Antragstellerin –

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte

gegen

den Landkreis G, vertreten durch

– Antragsgegnerin –

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte

beigeladen: Firma Büroausstattung GmbH & Co. KG

beantragen

wir namens und in Vollmacht der Antragsgegnerin,

dieser die Erteilung des Zuschlags an die Beigeladene zu erstatten.

Zur

Begründung

tragen wir unter Bezugnahme auf unseren Schriftsatz vom in der Hauptsache Folgendes vor:

I. Sachverhalt

1. Die Antragsgegnerin beabsichtigt, den im Offenen Verfahren ausgeschriebenen Auftrag über die Möblierung und Einrichtung des sanierten Altenpflegeheims in K der Beigeladenen zu erteilen. Die Beigeladene hat das wirtschaftlichste Angebot abgegeben. Das Angebot der Antragstellerin ist nicht zuschlagsfähig, weil die Antragsgegnerin weder die Gleichwertigkeit für die angebotenen Küchenzeilen nachgewiesen hat, noch die in den Ausschreibungsbedingungen ebenfalls geforderten Angaben zu den Herstellern der Sitzmöbel und Tische getätigt hat.
2. Die Antragsgegnerin hat während der Sanierung des Altenpflegeheims die Bewohner in drei von ihr angemieteten Häusern an unterschiedlichen Standorten untergebracht, und zwar (wird ausgeführt).

Die Mietverträge sehen eine Mietzeit von drei Jahren vor. Diese endet in drei Monaten.

Beweis:

- (1) Mietvertrag für das Haus A in Kopie
- (2) Mietvertrag für das Haus B in Kopie
- (3) Mietvertrag für das Haus C in Kopie

Ausweislich der insoweit gleich lautenden §§ 7 Abs. 2 der Mietverträge sind die Mietverträge nicht verlängerbar. Bei nicht fristgerechter Räumung der Mietsache müsste die Antragsgegnerin nicht nur eine Nutzungsentschädigung von monatlich 15 000 Euro für Haus A, 9000 Euro für Haus B und 17 000 Euro für Haus C zahlen. Sie müsste zudem für jeden angefangenen Monat der Überschreitung als Vertragsstrafe nochmals das 1,5fache der monatlichen Miete entrichten.

Diese Vertragsstrafe wird auf einen Verzugsschaden bei der Räumung angerechnet. Der Vermieter hat bereits mit Anwaltsschreiben vom angekündigt, dass der tatsächliche Schaden aus einer nicht fristgerechten Räumung weit aus höher liegen könnte, weil er für die einzelnen Häuser mit den zukünftigen Mietern bereits Mietverträge abgeschlossen hat, und zwar für das Haus A ab dem, für das Haus B ab dem und für das Haus C ab dem

Beweis:

- (1) Schreiben der Rechtsanwälte vom
- (2) Mietvertrag für das Haus A
- (3) Mietvertrag für das Haus B
- (4) Mietvertrag für das Haus C

Die vor Übergabe von Vermieterseite durchzuführende Renovierung und die Herstellung der Nutzbarkeit der jeweiligen Räume zu den in den vorgelegten Mietverträgen genannten Zwecken wird ausweislich der Bestätigung der Architektengruppe M für das Haus A auf sechs Monate, für das Haus B auf vier Monate und für das Haus C auf neun Monate veranschlagt.

Beweis:

Bauzeitenpläne für den Umbau und die Renovierung der Häuser A, B und C

Die vereinbarten Bezugstermine können nicht eingehalten werden, wenn die Antragsgegnerin die Objekte nicht vertragsgemäß räumt. Die zukünftigen Mieter der Häuser A und C haben bereits darauf hingewiesen, dass sie für den Fall einer nicht fristgerechten Übergabe der umgebauten und renovierten Mietflächen an sie von den geschlossenen Mietverträgen zurücktreten werden. Dieses Vorgehen erklärt sich daraus, dass die Mietverträge zu einem Zeitpunkt geschlossen wurden, als der Markt für Büroflächen angespannt war. Zwischenzeitlich hat sich die Lage entspannt. Es stehen vergleichbare Objekt zu günstigeren Konditionen leer.

Bei einer Auflösung der neuen Mietverträge entstünden vermietetseitig Schäden, die die vereinbarte Vertragsstrafe übersteigen würden.

Die Sanierungsarbeiten an dem Altenpflegeheim sind weitestgehend abgeschlossen. Der Umzug könnte zum erfolgen, wenn bis dahin die Küchenzeilen und Schrankelemente eingebaut wären. Damit der streitgegenständliche Auftrag fristgemäß erfüllt werden kann, bedarf es einer Auftragserteilung bis zum Die Vertragsbedingungen sehen eine Lieferung und einen Einbau der Küchen- und Wandschränke gemäß § 5 der besonderen Vertragsbedingungen bis zum vor.

3. Die Antragsgegnerin hat den Auftrag rechtzeitig ausgeschrieben. Sie hat für ein etwaiges Vergabenaachprüfungsverfahren einen Zeitraum von insgesamt zehn Wochen einkalkuliert und zwar fünf Wochen für das Nachprüfungsverfahren selbst, zwei Wochen für die Beschwerdefrist und zwei weitere Wochen für die Fortdauer des Zuschlagsverbots im Falle der Einlegung einer sofortigen Beschwerde. Eine Woche ist als Puffer für Unwägbarkeiten bei der Zustellung von Entscheidungen der Vergabekammer vorgesehen.

Da die Vergabekammer mitgeteilt hat, dass sie die Frist zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag wegen krankheitsbedingter eigener Arbeitsüberlastung um vier Wochen verlängert, kann der Zuschlag nicht mehr innerhalb der Zuschlagsfrist und so rechtzeitig erteilt werden, dass die streitgegenständlichen Leistungen rechtzeitig bis zu dem vorgesehenen Umzugstermin erbracht werden können.

Würde die Vergabekammer dem Antrag auf Vorabgestattung innerhalb der nächsten zwei Wochen stattgeben, könnte der Auftrag unter Berücksichtigung der Zwei-Wochen-Frist des § 115 Abs. 2 GWB in der Kalenderwoche erteilt werden.

II. Begründetheit

1. Der Antrag auf Vorabgestattung ist zulässig. Die Voraussetzung des § 115 Abs. 2 Satz 1 GWB sind erfüllt. Durch die Zustellung des Nachprüfungsantrags der Antragstellerin an die Antragsgegnerin wurde der Suspensiveffekt des § 115 Abs. 1 GWB ausgelöst. Das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer ist noch nicht abgeschlossen.
2. a) Der Antrag ist auch begründet. Voraussetzung für die Vorabgestattung ist, dass, unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen sowie des Interesses der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens, die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zum Abschluss der Nachprüfung die damit verbundenen Vorteile überwiegen.

Bei der vorzunehmenden Interessenabwägung sind die Vor- und Nachteile für die Verfahrensbeteiligten sowie die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags zu berücksichtigen.

Dem Antragsgegner droht im Fall einer Verzögerung des Nachprüfungsverfahrens ein erheblicher wirtschaftlicher Schaden. Er könnte die Ausweichobjekte nicht zum vertraglich vereinbarten Zeitpunkt räumen und müsste hierfür eine Nutzungsentschädigung und eine Vertragsstrafe zahlen.

- b) Demgegenüber entstünde der Antragstellerin bei Vorabgestattung des Zuschlags an die Beigeladenen kein, jedenfalls kein erheblicher Schaden. Sollte

sich im Nachprüfungsverfahren herausstellen, dass das Angebot zu Unrecht ausgeschlossen worden ist und bei Wertung ihres Angebots diesem der Zuschlag gebührt hätte, kann sie auf Grundlage einer von der Vergabekammer gemäß § 114 Abs. 2 GWB zu treffenden Feststellung von der Antragsgegnerin Schadensersatz verlangen. Der Schadensersatz wäre auf das positive Interesse gerichtet. Die Antragstellerin wäre so zu stellen, wie sie stünde, wenn sie den Auftrag erhalten hätte. Es wären zumindest der kalkulierte Gewinnanteil aus dem Auftrag als Schaden zu ersetzen. Dieser Schaden läge jedoch weit unter dem Schaden für die Antragsgegnerin, der im Raum steht, wenn der Auftrag nicht vor Ablauf der Zuschlagsfrist erteilt wird.

- c) Zudem hat der Nachprüfungsantrag keine Aussicht auf Erfolg. Das Angebot der Antragstellerin ist gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 Buchst. c und Abs. 2 Buchst. a VOL/A 2. Abschnitt zwingend auszuschließen (wird ausgeführt).

In Zusammenschau der Interessen überwiegen die Interessen der Antragsgegnerin an einer zeitnahen Auftragserteilung die Interessen der Antragstellerin an der Aufrechterhaltung des Zuschlagsverbots bei weitem.

Rechtsanwalt

IV. Sofortige Beschwerde zum Oberlandesgericht

1. Gegenstand der sofortigen Beschwerde

Gemäß § 116 Abs. 1 GWB ist gegen **Endentscheidungen der Vergabekammer** die sofortige Beschwerde zulässig. Die sofortige Beschwerde ist das **einheitliche Rechtsmittel** gegen Entscheidungen der Vergabekammer und zwar für alle Beteiligten (Antragsteller, Antragsgegner, Beigeladene). Besonderheit der sofortigen Beschwerde ist, dass sie sich sowohl gegen die von der Vergabekammer getroffenen als auch die von der Vergabekammer unterlassenen Entscheidungen richtet. Die Situationen einer Anfechtungs- und einer Verpflichtungsklage werden erfasst. Entscheidungen i. S. d. § 116 Abs. 1 GWB sind Entscheidungen, die die 1. Instanz des Nachprüfungsverfahrens abschließen¹, und zwar

- ▷ die Entscheidung in der Hauptsache über den Nachprüfungsantrag gemäß § 114 Abs. 1 GWB oder die Kostengrundentscheidung als Teil dieser Entscheidung;²
- ▷ die feststellende Entscheidung über das Vorliegen einer Rechtsverletzung gemäß § 114 Abs. 2 GWB;
- ▷ die isolierte Kostenentscheidung nach übereinstimmender Erledigungserklärung der Hauptsache oder Rücknahme des Nachprüfungsantrags;
- ▷ die Gebührenfestsetzung nach § 128 Abs. 1, 2 GWB;

1 OLG Düsseldorf, VergabE C-10-2/00.

2 Nach OLG Düsseldorf, NZBau 2000, 486 auch isoliert gegen den Ausspruch über die Notwendigkeit des Bevollmächtigten.

▷ die ablehnende Entscheidung über die Beschränkung der Akteneinsicht in Angebote des Antragstellers oder beigeladener Bieter (str.).

242 Entscheidet die Vergabekammer nicht innerhalb der 5-Wochen-Frist des § 113 Abs. 1 Satz 1 GWB oder innerhalb der von ihr selbst verlängerten Frist gemäß § 113 Abs. 1 Satz 2 GWB, gilt der Nachprüfungsantrag gemäß § 116 Abs. 2 GWB als abgelehnt. Auch in diesem Fall ist die sofortige Beschwerde das statthafte Rechtsmittel gegen die Untätigkeit der Vergabekammer bzw. die gemäß § 116 Abs. 2 GWB **fingierte Ablehnung**.

243 Nicht mit einer sofortigen Beschwerde angreifbar sind diejenigen Entscheidungen, die keine Endentscheidungen sind, wie

▷ die Entscheidung, den Nachprüfungsantrag dem öffentlichen Auftraggeber zuzustellen, § 110 Abs. 2 Satz 1 GWB¹,

▷ die Entscheidung über die Beiladung, § 109 Satz 2 GWB,

▷ die Entscheidung über die Gewährung von Akteneinsicht, § 111 Abs. 4 GWB,

▷ die vorläufigen Maßnahmen gemäß § 115 Abs. 3 GWB.

Eine Sonderstellung nimmt der Antrag auf Wiederherstellung des Zuschlagsverbotes bzw. auf Vorabgestattung der Zuschlagserteilung als Rechtsmittel gegen die Entscheidung der Vergabekammer über die Vorabgestattung der Zuschlagserteilung gemäß § 115 Abs. 2 GWB ein. Der Antrag hat keine aufschiebende Wirkung.

2. Frist und Form der sofortigen Beschwerde

a) Frist

244 Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Frist von zwei Wochen beim zuständigen Oberlandesgericht einzulegen und zu begründen. Die **Beschwerdefrist** ist nicht verlängerbar. Es handelt sich um eine **Notfrist**.

245 Besonderes Augenmerk ist auf die Berechnung der Notfrist bei der gemäß § 116 Abs. 2 GWB **fingierten Ablehnung** des Nachprüfungsantrags bei Überschreiten der Entscheidungsfrist zu legen. Die Notfrist beginnt mit Ablauf der Fünf-Wochen-Frist zu laufen. Die Entscheidungsfrist der Vergabekammer kann vom Vorsitzenden der Vergabekammer vor Ablauf dieser Frist verlängert werden.

246 Rechtsunsicherheit besteht, wenn der Vorsitzende der Vergabekammer die Entscheidungsfrist für die Vergabekammer erst nach Ablauf der Fünf-Wochen-Frist bekannt gibt oder einzelne Beteiligte von der Verlängerung erst nach Ablauf der Frist Kenntnis erlangen. Ist die Verlängerung rechtzeitig erfolgt, ist das Verfahren vor der Vergabekammer noch nicht abgeschlossen. Für die Ablehnungsfiktion ist kein Raum. Legt der Antragsteller innerhalb der Notfrist sofortige Beschwerde in Unkenntnis einer wirksam gewährten, aber noch nicht zugestellten Fristverlängerung durch den Vorsitzenden der Vergabekammer ein, wäre diese als unzulässig zu verwerfen. Kostennachteile dürfen dem Antragsteller nicht entstehen, weil er berechtigt war, sofortige Beschwerde einzulegen. Das Oberlandesgericht könnte

¹ OLG Düsseldorf, NZBau 2000, 596.

die Sache bis zur Entscheidung der Vergabekammer ruhen lassen oder analog § 123 GWB an die Vergabekammer zurückverweisen. Wegen der durch die ausstehende Entscheidung der Vergabekammer möglichen Änderungen des Streitgegenstands ist die kostenfreie Rücknahme der Beschwerde die sauberste Lösung.

War die Verlängerung nicht wirksam, weil sie nach Fristablauf erfolgte, greift die **Ablehnungsfiktion** des § 116 Abs. 2 GWB. Entscheidet die Vergabekammer dennoch, muss der durch die Entscheidung der Vergabekammer Beschwerte den Beschluss mit einer sofortigen Beschwerde angreifen. Der Beschluss ist ein Verwaltungsakt. Auch ein rechtswidriger Verwaltungsakt wird bei unterlassener Anfechtung bestandskräftig.¹ 247

b) Form

Antragsteller und Beigeladene müssen sich vor dem Oberlandesgericht durch einen dort zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen. Der **Anwaltszwang** gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts. Deren Antragschriften sind von den gemäß § 12 VwVfG zur Vornahme von Verfahrenshandlungen berechtigten Personen zu unterzeichnen. Im Beschwerdeverfahren vor dem Oberlandesgericht können sich juristische Personen des öffentlichen Rechts von Beamten und Angestellten mit Befähigung zum Richteramt gemäß § 120 Abs. 1 GWB vertreten lassen. 248

Die Anforderungen des § 117 Abs. 2 GWB an die **Begründung** der Beschwerde entsprechen den Anforderungen des § 66 Abs. 4 GWB im Kartellbeschwerdeverfahren. Es ist deshalb kein förmlicher Antrag erforderlich.² Die Beschwerdebegründung hat eine Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, zu enthalten. 249

Hinweis:

Aus der Beschwerdeschrift muss erkennbar sein, welches Ziel der Beschwerdeführer mit dem Rechtsmittel verfolgt. Es empfiehlt sich deshalb bereits zur Vermeidung von Unklarheiten das Begehren in einen förmlichen Antrag zu kleiden. Die Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt, sind gemäß § 117 Abs. 2 GWB anzugeben.

c) Benachrichtigungspflicht

Der Beschwerdeführer hat die anderen Beteiligten gemäß § 117 Abs. 4 GWB über die Beschwerdeeinlegung durch Übermittlung von Abschriften zu unterrichten. Umstritten ist die Rechtsfolge eines Verstoßes gegen diese Benachrichtigungspflicht bezogen auf die aufschiebende Wirkung der Beschwerde gemäß § 118 Abs. 1 GWB. Das OLG Naumburg ist der Auffassung, die Beschwerde entfalte bis zur Bekanntgabe gegenüber der Vergabestelle keine aufschiebende Wirkung. Der Zuschlag könne wirksam erteilt werden. Das OLG Frankfurt vertritt die ge- 250

¹ *Wirner* zu VK Thüringen, IBR 2003, 218.

² BayObLG, VergabeR 2001, 65, 66; OLG Jena, NZBau 2000, 349; OLG Düsseldorf, NZBau 2000, 45, 46; *Gröning* in Motzke/Pietzker/Prieß, § 117 GWB Rz. 10; *Kohlmorgen* in Langen-Bunte, § 65 GWB Rz. 6.

genteilige Auffassung und hat die Rechtsfrage dem BGH zur Entscheidung gemäß § 124 Abs. 2 GWB vorgelegt.¹

3. Zuständiges Gericht

- 251 Die sofortige Beschwerde ist bei dem für den Sitz der Vergabekammer zuständigen **Oberlandesgericht** einzulegen. In jedem Bundesland wurde in Umsetzung des § 116 Abs. 3 GWB ein Vergabesenat gebildet. Die Oberlandesgerichte sind in der als Anhang I beigefügten Liste der Vergabekammern mit aufgeführt.

4. Beschwer

- 252 Es gilt auch im vergaberechtlichen Beschwerdeverfahren der allgemeine Verfahrensgrundsatz, dass dem Beschwerdeführer ein Rechtsmittel nur zusteht, wenn seinen Anträgen im Nachprüfungsverfahren nicht voll entsprochen worden ist. Zulässigkeitsvoraussetzung ist die **formelle Beschwer** des Beschwerdeführers.² Der Antragsteller ist auch beschwert, wenn sein Antrag innerhalb der 5-Wochen-Frist des § 113 Abs. 1 GWB nicht entschieden wurde.

Die formelle Beschwer lässt sich leicht ermitteln, wenn die im Nachprüfungsverfahren Beteiligten vor der Vergabekammer Anträge gestellt haben. Hat der **Antragsteller** keinen formellen Nachprüfungsantrag gestellt, ist sein Verfahrensziel anhand seines Vorbringens zu bestimmen.

- 253 Haben **Beigeladene** im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer keinen Antrag gestellt, ist ihre Beschwer aufgrund des bisherigen Vorbringens und der Auswirkungen der Entscheidung der Vergabekammer auf ihre Rechtsposition zu ermitteln.³ Der Beigeladene, dem die Vergabestelle den Zuschlag erteilen wollte, ist durch die Entscheidung der Vergabekammer beschwert, wenn diese der Vergabestelle Vorgaben hinsichtlich der Fortführung oder Wiederholung von einzelnen Vergabeschritten macht. Für die übrigen Beigeladenen kommt es darauf an, ob die Entscheidung der Vergabekammer ihre Chancen auf die Zuschlagserteilung verbessert oder verschlechtert.
- 254 Die **Antragsgegnerin** ist formell beschwert, wenn die Vergabekammer dem Nachprüfungsantrag in vollem Umfang oder teilweise stattgibt. Eine formelle Beschwer liegt auch vor, wenn der Antragsgegner die Zurückweisung des Nachprüfungsantrags als unzulässig beantragt hat, der Antrag jedoch aus materiellen Gründen, also als unbegründet, zurückgewiesen wird.⁴
- 255 Anerkannt ist in der Rechtsprechung der Vergabesenate die Zulässigkeit einer **unselbständigen Anschlussbeschwerde** des Beschwerdegegners.⁵ Sie wird unwirksam, wenn die Hauptbeschwerde zurückgenommen wird.⁶

1 OLG Naumburg, VergabE C-14-10/02; OLG Frankfurt, IBR 2003, 446.

2 *Gröning* in Motzke/Pietzker/Prieß, VOB/B Teil A, § 116 Rz. 24.

3 Die Beschwerdebefugnis des Beigeladenen setzt einen eigenen Antrag vor der Vergabekammer nicht voraus, OLG Dresden, BauR 2000, 1591, 1592.

4 *Gröning* in Motzke/Pietzker/Prieß, VOB/B Teil A, § 116 Rz. 34.

5 OLG Dresden, BauR 2000, 1582, 1585; OLG Frankfurt a.M., NZBau 2001, 101, 106; OLG Jena, BauR 2000, 1629, 1631; OLG Rostock, VergabE C-8-12/00.

6 *Stickler* in Reidt/Stickler/Glahs, § 117 GWB Rz. 8a.

5. Aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde

Nach Zustellung des Nachprüfungsantrags an den Auftraggeber darf der Zuschlag bis zum Ablauf der Beschwerdefrist des § 117 Abs. 1 GWB nicht erteilt werden. Über den Ablauf der zweiwöchigen Notfrist für die Einlegung der Beschwerde hinaus besteht die aufschiebende Wirkung nur, wenn wirksam sofortige Beschwerde eingelegt wurde. Das Zuschlagsverbot endet zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist gemäß § 118 Abs. 1 Satz 2 GWB. Nach Ablauf dieser Frist ist der Auftraggeber berechtigt das Vergabeverfahren fortzusetzen und den Zuschlag zu erteilen. 256

Ob die Erteilung des Zuschlags vor Beendigung des Beschwerdeverfahrens sinnvoll ist, ist eine Frage der Beurteilung der Erfolgsaussichten des Beschwerdeverfahrens durch den Auftraggeber. Wird der Zuschlag während des Beschwerdeverfahrens erteilt, kann der beschwerdeführende Beteiligte (Antragsteller oder Beigeladener) **Fortsetzungsfeststellungsantrag** gemäß § 114 Abs. 2 GWB stellen. Das Oberlandesgericht entscheidet dann darüber, ob der Antragsteller oder Beteiligte durch das Vergabeverfahren in seinen Rechten verletzt worden ist. 257

Um das **Ende des Zuschlagsverbots** ermitteln zu können, muss sich der Auftraggeber bei der Vergabekammer nach dem Zeitpunkt der Zustellung der Entscheidung der Vergabekammer gegenüber dem Beteiligten, der sofortige Beschwerde eingelegt hat, erkundigen. Der Ablauf der Frist zur Einlegung der sofortigen Beschwerde errechnet sich nach § 188 Abs. 2 1. Alternative BGB. Für die Berechnung des Ablaufs der 2-Wochen-Frist des § 118 Abs. 1 Satz 3 gilt hingegen § 188 Abs. 2 2. Alternative BGB. 258

Beispiel:

Die Vergabekammer stellt dem Antragsteller den ablehnenden Beschluss am Mittwoch, den 7. 4. 2004, zu. Die Beschwerdefrist läuft am Mittwoch, den 21. 4. 2004, 24.00 Uhr, ab. Die 2-Wochen-Frist des § 118 Abs. 1 GWB beginnt am 22. 4. 2004, 0.00 Uhr. Sie endet am Mittwoch, den 5. 5. 2004 um 24.00 Uhr.

Hinweis:

Die Beschwerdeschrift sollte vorsorglich, in Hinblick auf den befristeten Suspensiveffekt der sofortigen Beschwerde nach § 118 Abs. 1 GWB, auch einen Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde gemäß § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB enthalten.

6. Verfahren und Entscheidung

a) Verfahren

Das Beschwerdeverfahren ist in § 120 Abs. 2 GWB durch Verweise auf Bestimmungen des kartellrechtlichen Beschwerdeverfahrens und Bestimmungen über das Verfahren vor der Vergabekammer geregelt. § 73 GWB wiederum verweist auf die anwendbaren Vorschriften des GVG und der ZPO. 259

Im Beschwerdeverfahren gegen die Entscheidung der Vergabekammer in der Hauptsache findet grundsätzlich eine **mündliche Verhandlung** statt. Eine unzulässige sofortige Beschwerde soll in entsprechender Anwendung des § 522 Abs. 1 260

ZPO ohne mündliche Verhandlung zurückgewiesen werden können.¹ Beteiligt am Beschwerdeverfahren sind die Hauptparteien und die Beigeladenen. Auch im Beschwerdeverfahren gilt der **Untersuchungsgrundsatz**. Der Vergabesenat hat unter Mitwirkung der Beteiligten die vorgebrachten Tatsachen und Beweismittel zu überprüfen. Weiteren Tatsachen und Beweismittel hat er nur aus begründetem Anlass nachzugehen. Er ist nicht verpflichtet, von Amts wegen eine lückenlose Sachverhaltsaufklärung zu betreiben.²

- 261 Gemäß § 71 Abs. 1 Satz 1 GWB gilt der Grundsatz der **freien Beweiswürdigung**. Dem Beteiligten ist auch im Beschwerdeverfahren nach Maßgabe des § 111 GWB Akteneinsicht zu gewähren.
- 262 Die Verfahrensdauer des Beschwerdeverfahrens in der Hauptsache ist nicht geregelt. Der Vergabesenat entscheidet gemäß § 120 Abs. 2 i.V.m. § 71 Abs. 1 Satz 1 GWB durch Beschluss. Maßgeblich für die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist der Sach- und Streitstand sowie die Rechtslage zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung.

b) Entscheidung

- 263 Auf eine zulässige und begründete Beschwerde hin hebt das Beschwerdegericht die Entscheidung der Vergabekammer auf. Es entscheidet entweder in der Sache selbst oder es spricht die Verpflichtung der Vergabekammer aus, unter Berücksichtigung seiner Rechtsauffassung, über die Sache erneut zu entscheiden. Da das Beschwerdegericht **Tatsacheninstanz** ist, macht eine Zurückverweisung an die Vergabekammer nur Sinn, wenn diese entweder keine Entscheidung getroffen hat (Untätigkeitsbeschwerde) oder bereits die Zustellung des Nachprüfungsantrags wegen offensichtlicher Unzulässigkeit oder Unbegründetheit gemäß § 110 Abs. 2 GWB unterlassen hat. In allen anderen Fällen gebietet die Prozessökonomie dem Beschwerdegericht, selbst zu entscheiden.³
- 264 Der Beschluss des Beschwerdegerichts ist zu begründen. Er wird gegenüber den Beteiligten durch Zustellung wirksam. Er ist **nicht rechtsmittelfähig**. Da es sich um eine den Rechtsweg ausschöpfende Entscheidung handelt, besteht die Möglichkeit der Einlegung einer **Verfassungsbeschwerde**.

7. Kosten des Beschwerdeverfahrens

- 265 Das GWB regelt nicht die Kostenverteilung und -erstattung im Beschwerdeverfahren. In Ermangelung einer Verweisung auf § 78 GWB, der für das kartellrechtliche Beschwerdeverfahren eine Kostenregelung enthält, bedarf es eines Rückgriffs auf die Regelungen der Zivilprozessordnung oder der Verwaltungsgerichtsordnung. Der Bundesgerichtshof hat sich für eine Anwendung der **zivilprozessualen Kostenerstattungsregelungen** ausgesprochen.⁴

1 OLG Düsseldorf, NZBau 2000, 596; *Stickler* in Reidt/Stickler/Glahs, § 120 GWB Rz. 10.

2 BGH, NZBau 2001, 151; NZBau 2001, 518; OLG Düsseldorf, VergR 2001, 419, 423.

3 *Stickler* in Reidt/Stickler/Glahs, § 123 Rz. 8; *Stockmann* in Immenga/Mestmäcker, § 123 GWB Rz. 5.

4 BGH, NZBau 2001, 151, 155.

Bei erfolgloser Beschwerde und Beschwerderücknahme trägt der Beschwerdeführer die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die Kosten des Beschwerdegegners. Uneinheitlich ist die Rechtsprechung hinsichtlich der **Kosten der Beigeladenen**. Nach einer Ansicht sollen den Beigeladenen, auch wenn sie sich aktiv am Rechtsstreit beteiligen, weder Kosten auferlegt noch Kosten erstattet werden können.¹ Nach anderer Ansicht sollen Beigeladenen Kosten erstattet bzw. Kosten auferlegt werden, wenn sie sich mit eigenen Anträgen aktiv am Beschwerdeverfahren beteiligt haben.² Eine dritte Meinung will § 101 ZPO entsprechend anwenden und den Antragsteller als Beschwerdeführer im Unterliegensfall auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung erforderlichen Kosten der Beigeladenen tragen lassen. Im Fall des Unterliegens der vom Beigeladenen unterstützten Hauptpartei – in der Regel die Vergabestelle – soll er die eigenen außergerichtlichen Kosten und die Kosten für erfolglos vorgebrachte Angriffs- und Verteidigungsmittel gemäß § 96 ZPO tragen. Eine auch nur anteilige Übernahme der Kosten des obsiegenden Beschwerdegegners soll nicht erfolgen.³ Ist ein Beigeladener alleiniger Beschwerdeführer, trägt er im Unterliegensfall die Kosten des Beschwerdeverfahrens und des Beschwerdegegners.

266

Über die Kosten des Beschwerdeverfahrens entscheidet der Vergabesenat von Amts wegen. Ein Antrag ist nicht erforderlich.

267

8. Muster einer sofortigen Beschwerde eines Antragstellers zum OLG

An das Oberlandesgericht

268

– Vergabesenat –

Sofortige Beschwerde und Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde

In der Vergaberechtssache

der Entsorgung GmbH, vertreten durch

– Antragstellerin/Beschwerdeführerin –

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

gegen

den Landkreis K, vertreten durch den Landrat,

– Antragsgegner/Beschwerdegegner –

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

1 OLG Koblenz, NZBau 2000, 534, 539; OLG Naumburg, VergabE C-14-7/00; OLG Rostock, VergabE C-8-4/00.

2 OLG Stuttgart, NZBau 2000, 543; OLG Düsseldorf, NZBau 2000, 155, 158; OLG Dresden, VergabE C-13-4/00 und VergabE C-13-5/00.

3 Jaeger, NZBau 2001, 366, 375 m. w. N.

Beizuladen:

die Müll GmbH & Co. KG, vertreten durch die Abfallentsorgungsgesellschaft mbH, diese vertreten durch

wegen der Untersagung der Verlängerung und Änderung eines Entsorgungsvertrags zwischen dem Antragsgegner und der Beizuladenden

Namens und in Vollmacht der Antragstellerin legen wir gegen den Beschluss der Vergabekammer (Az.:)

sofortige Beschwerde

ein. Wir bitten um zeitnahe Anberaumung einer mündlichen Verhandlung, in der wir folgende

Anträge

stellen werden:

1. Der Beschluss der Vergabekammer (Az.:) vom wird aufgehoben.
2. Der Antragsgegner wird verpflichtet, für die Abfallbeseitigung, die er auf seinem Kreisgebiet für die Zeit nach dem 30. 6. 2004 durch Dritte durchführen lässt, Aufträge nur im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabe zu erteilen.
3. Der Antragsgegner trägt die Kosten der Vergabe, die Aufwendungen der Antragstellerin im Verfahren vor der Vergabekammer und die Kosten des Beschwerdeverfahrens.
4. Es wird festgestellt, dass die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten für die Antragstellerin im Verfahren für die Vergabekammer notwendig gewesen ist.

Des Weiteren stellen wir für die Antragstellerin gemäß § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB den Antrag,

die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens zu verlängern.

Eine Ausfertigung des Beschlusses der Vergabekammer fügen wir mit der Bitte um spätere Rückgabe bei.

Begründung:

I. Zum Sachverhalt

1. Die Antragstellerin ist ein Abfallentsorgungsunternehmen mit Sitz im Gebiet des Antragsgegners. Dieser lässt sämtliche Abfallentsorgungsdienstleistungen seit 1978 durch die beizuladende Müll GmbH & Co. KG erbringen.

Der zwischen dem Antragsgegner und der Beizuladenden geschlossene Vertrag verlängert sich um jeweils 5 Jahre, wenn er nicht 2 Jahre vor Ablauf schriftlich gekündigt wird. Der Antragsgegner beabsichtigte, den Vertrag zum 30. 6. 2003 fristgerecht zu kündigen. Die Beizuladende unterbreitete dem Antrags-

gegner daraufhin ein wesentlich verbessertes und inhaltlich verändertes Angebot. Zudem wurde das Auftragsvolumen um bestimmte Bereiche reduziert (wird ausgeführt).

2. Der Kreistag des Antragsgegners stimmte in seiner Sitzung am dem Abschluss eines „Änderungsvertrags“ zu dem 1977 geschlossenen Vertrag zu und verpflichtete den Antragsgegner, diesen Vertrag bis zum mit der Beizuladenden abzuschließen.
3. Die Antragstellerin rügte mit Schreiben vom gegenüber dem Antragsgegner die Unzulässigkeit des Abschlusses des 2. Änderungsvertrags und verlangte die Vergabe der Leistungen auf Grundlage einer öffentlichen Ausschreibung. Sie reichte, nachdem sie vom Landratsamt, Herrn, die telefonische Auskunft erhalten hatte, man beabsichtige, entsprechend dem Kreistagsbeschluss vorzugehen, am bei der Vergabekammer einen Nachprüfungsantrag ein. Dieser wurde – vorab per Telefax – noch am gleichen Tag dem Antragsgegner zugestellt.

Der Änderungsvertrag war von der Beizuladenden am unterschrieben worden. Der Landrat unterschrieb den Vertrag am, also 10 Tage nach Zustellung des Nachprüfungsantrags der Antragstellerin.

4. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag mit der Begründung abgewiesen, bei der Verlängerung eines laufenden Vertrags handelt es sich nicht um die Neuvergabe eines öffentlichen Auftrags. Dies sei allenfalls dann der Fall, wenn der Antragsgegner von seinem Kündigungsrecht Gebrauch gemacht hätte. Der Beschluss der Vergabekammer wurde der Antragstellerin am zugestellt.

II. Zur Begründetheit der sofortigen Beschwerde

1. Die sofortige Beschwerde ist zulässig. Die 2-Wochen-Frist des § 117 Abs. 1 GWB für die Einreichung der Begründung der sofortigen Beschwerde wurde gewahrt. Der angerufene Vergabesenat ist für die Vergabe öffentlicher Aufträge der Antragsgegnerin zuständig.

Die Antragstellerin ist antragsbefugt. Sie hat gemäß § 107 Abs. 2 GWB ein Interesse an dem ausschreibungspflichtigen Auftrag. Sie hat ihren Sitz im Kreisgebiet und ist in der Lage, sämtliche der streitgegenständlichen Leistungen selbst zu erbringen. Durch die Vergabe der Leistungen im Wege des „Änderungsvertrags“ wird die Antragstellerin in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB, hier aus ihrem Recht auf Durchführung eines förmlichen den Anforderungen der §§ 97 ff. GWB und der einschlägigen Bestimmungen der VOL/A entsprechendem Vergabeverfahren, verletzt.

2. Die sofortige Beschwerde ist begründet. Der Abschluss des Änderungsvertrags zwischen dem Antragsgegner und der Beizuladenden stellt einen Verstoß gegen die Verpflichtung des Antragsgegners, diese Leistungen öffentlich auszuscheiden, dar.
 - a) Bei den streitgegenständlichen Entsorgungsleistungen handelt es sich um Dienstleistungen i. S. d. § 99 Abs. 4 GWB. Der Auftragswert der vom An-

tragsgegner benötigten Abfallentsorgungsdienste übersteigt den Schwellenwert von 200 000 Euro gemäß § 100 Abs. 1 GWB i. V. m. § 2 Nr. 3 VgV bei weitem.

- b) Bei der Fortsetzung des Vertrags zwischen dem Antragsgegner und der Beizuladenden zu geänderten Bedingungen handelt es sich funktionell betrachtet um die (Neu-)Vergabe eines öffentlichen Auftrags.

Der Antragsgegner und die Beizuladende waren sich einig darüber, dass der bestehende Vertrag für die derzeit geltenden Bedingungen nicht fortgesetzt wird. Der Antragsgegner hat von seinem Kündigungsrecht nur deshalb nicht Gebrauch gemacht, weil die Beizuladende bereit war, die von ihr erbrachten Leistungen zu geänderten, für den Antragsgegner günstigeren Konditionen ab dem 30. 6. 2003 zu erbringen. Es handelt sich bei dem „Änderungsvertrag“ aufgrund der Änderungen des Leistungsumfangs und der Änderungen der Vergütung um den Abschluss eines Dienstleistungsauftrags i. S. d. § 99 Abs. 4 GWB. Derartige Aufträge können nicht ohne vorherige Durchführung eines Vergabeverfahrens vergeben werden.

- c) Der Änderungsvertrag ist bisher auch nicht wirksam zustande gekommen. Der Antragsgegner hat das Vertragsangebot der Beizuladenden erst nach Zustellung des Nachprüfungsantrags angenommen. Gemäß § 115 Abs. 1 GWB darf der öffentliche Auftraggeber in dem Zeitraum zwischen der Zustellung des Nachprüfungsantrags und dem Ablauf der Beschwerdefrist den Zuschlag nicht erteilen. Gegen dieses gesetzliche Verbot hat der Antragsgegner verstoßen. Die Änderungsvereinbarung ist deshalb gemäß § 134 BGB i. V. m. § 115 Abs. 1 GWB nichtig.

III. Zur Begründetheit des Antrags auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde

Die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde endet 2 Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Würde dem Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB nicht stattgegeben werden, könnte der Beschwerdegegner mit der Beizuladenden den Änderungsvertrag erneut, und zwar wirksam, abschließen.

Die Voraussetzungen für die Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde liegen vor. Gemäß § 118 Abs. 2 GWB ist dem Antrag stattzugeben, wenn, unter Berücksichtigung der Erfolgsaussichten der Beschwerde, die Interessen der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens und die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zur Entscheidung über die Beschwerde und die damit verbundenen Vorteile, unter Berücksichtigung der Interessen der Antragstellerin, nicht überwiegen.

Die Beschwerde hat – auch bei summarischer Prüfung – Aussicht auf Erfolg. Das Interesse der Antragstellerin an dem Abschluss des Beschwerdeverfahrens überwiegt das Interesse des Antragsgegners an einer vorzeitigen Zuschlagserteilung. Es sind weder für die Allgemeinheit noch für die Antragsgegnerin Nachteile ersichtlich, die durch das Abwarten des Ausgangs des Beschwerdeverfahrens entstehen könnten.

Wird der Antragsgegner verpflichtet, die streitgegenständlichen Entsorgungsdienstleistungen öffentlich auszuschreiben, bleibt ihm hierfür bis zur Beendigung des Vertrags mit der Beizuladenden am 30. 6. 2003 noch genügend Zeit. Die Abfallentsorgung im Kreisgebiet ist sichergestellt.

Rechtsanwalt

V. Eilverfahren im Beschwerderechtszug

Das Beschwerdeverfahren unterliegt nicht in gleicher Weise dem Beschleunigungsgebot wie das Verfahren vor der Vergabekammer. Es können mehrere Monate vergehen, bevor eine Verhandlung vor dem Vergabesenat des Oberlandesgerichts stattfindet. Entscheidungen in den im Beschwerderechtszug vorgesehenen Eilverfahren präjudizieren die Entscheidung in der Hauptsache, weil die Erfolgsaussichten der Beschwerde zumindest summarisch geprüft werden. Die Durchführung eines Eilverfahrens ist mithin geeignet, das Beschwerdeverfahren zu beschleunigen. 269

Im Beschwerderechtszug kann sich für den vor der Vergabekammer unterlegenen öffentlichen Auftraggeber, wegen besonderer **Eilbedürftigkeit der Vergabe** des öffentlichen Auftrags, die Notwendigkeit der Erwirkung einer Vorabgestattung der Zuschlagserteilung ergeben. Die Voraussetzungen sind in § 121 GWB regelt. 270

Für den vor der Vergabekammer unterlegenen Antragsteller ergibt sich die Notwendigkeit, das Verbot, den Zuschlag zu erteilen, bis zur Entscheidung über die Beschwerde aufrecht zu erhalten. Das Oberlandesgericht kann unter den Voraussetzungen des § 118 Abs. 1 und 2 GWB auf Antrag die Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde anordnen. 271

1. Verlängerung der aufschiebenden Wirkung

Das Zuschlagsverbot endet gemäß § 115 Abs. 1 GWB mit Ablauf der Beschwerdefrist. Die Beschwerdefrist beträgt gemäß § 117 Abs. 1 GWB 2 Wochen. Die sofortige Beschwerde des im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer unterlegenen Antragstellers hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt 2 Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist, § 118 Abs. 1 Satz 2 GWB. Der Zuschlag kann **4 Wochen nach Bekanntgabe** der Entscheidung der Vergabekammer erteilt werden. 272

Die aufschiebende Wirkung wird durch die Einlegung der sofortigen Beschwerde und den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde dann nicht gesichert, wenn die Vergabekammer den **Nachprüfungsantrag zurückgewiesen** und zugleich die **Zuschlagserteilung** gemäß § 115 Abs. 2 Satz 2 GWB **gestattet** hat. Der Beschwerdeführer muss dann unverzüglich nach Bekanntgabe des Beschlusses über die Gestattung der Zuschlagserteilung gemäß § 115 Abs. 2 Satz 2 GWB beim Oberlandesgericht beantragen, das **Zuschlagsverbot wieder herzustellen**. 273

bewegt, entsprechen derartige Leistungen im Normalfall dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Auftraggebers, wenn diese zu einer Schadensverringering führen.¹

8. Berechnung der Fristverlängerung

Steht dem Auftragnehmer aufgrund der aufgetretenen Behinderungen ein Anspruch auf Verlängerung der vereinbarten Ausführungsfristen zu, so berechnet sich diese gemäß § 6 Nr. 4 VOB/B nach der **Dauer der Behinderung** mit einem **Zuschlag für die Wiederaufnahme** der Arbeiten und die **etwaige Verschiebung in eine ungünstigere Jahreszeit**. Maßstab für die Fristverlängerung sind die konkreten Auswirkungen der Behinderung auf die Abwicklung der Bauleistung. Bei einer völligen Unterbrechung des Bauablaufs (z. B. Baustopp) verlängert sich die Vertragsfrist mindestens um die Stillstandszeit. Liegen bloße Bauablaufstörungen vor, ist die erforderliche Fristverlängerung anhand der **Intensität der Behinderung** zu ermitteln. 125

Bestimmende Faktoren für die Fristverlängerung²: 126

Terminrelevante Auswirkungen der aus der Sphäre des Auftraggebers stammenden Behinderungen nach Maßgabe des Bauablaufplans.

- + Zusätzlicher Zeitbedarf für die Wiederaufnahme der Arbeiten
- + Zusätzlicher Zeitbedarf infolge Verschiebung der Arbeiten in eine ungünstigere Jahreszeit
- ./ Zeiterparnis aus zumutbarer Weiterarbeit und/oder Umgestaltung des Arbeitsablaufs nach Maßgabe des § 6 Nr. 3 VOB/B (Beschleunigung)
- ./ Entfallen von Leistungen und damit Einsparung von Leistungszeit
- ./ Zeitliche Auswirkungen, aufgrund von Umständen aus der Sphäre des Auftragnehmers.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang jedoch § 6 Nr. 3 VOB/B, wonach der Auftragnehmer alles zu tun hat, was ihm billigerweise zugemutet werden kann, um die Weiterführung der Arbeiten zu ermöglichen. Nicht jeder hindernde Umstand und nicht jede unwesentliche Verzögerung bewirken eine Fristverlängerung.³ Lassen sich also kleinere Terminverzögerungen des Auftraggebers problemlos durch den Auftragnehmer auffangen, wird er sich nicht auf eine Fristverlängerung berufen können. Der Auftragnehmer kann auch im Rahmen der ihm obliegenden **Schadensminderungspflicht** nach §§ 254, 242 BGB verpflichtet sein, Umplanungen vorzunehmen und andere Arbeitsgänge vorzuziehen, um die Auswirkung der Behinderung zu minimieren.⁴ Auch muss der Unternehmer in seinen Ablaufplan in gewissem Umfang **Pufferzeiten** einbauen.⁵ Behinderungen, deren Alltäglichkeit bei der Erstellung des Ablaufplans einzukalkulieren sind, und die 127

1 BGH, BauR 1986, 347.

2 *Schiffers*, Jahrbuch Baurecht 1998, 298.

3 OLG Köln, BauR 1981, 472, 474.

4 *Vygen/Schubert/Lang*, Rz. 149.

5 OLG Köln, BauR 1986, 582.

sich in einem gewissen Rahmen halten, stellen keine effektive Behinderung dar, wenn sie für den Unternehmer, z. B. durch kleinere Umorganisationen, zu bewältigen sind.

- 128 Wenn der Behinderungszeitraum feststeht, verlängert sich die Ausführungsfrist **automatisch** um diesen Zeitraum. Einer Zustimmung des Auftraggebers oder einer Vereinbarung über die Verlängerung der Ausführungsfristen bedarf es hierzu nicht.¹ Nach überwiegender Meinung bewirkt die vertraglich vereinbarte Geltung der VOB/B, dass es zur Bewirkung der Fristverlängerung nicht einer nochmaligen Vereinbarung zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber über deren Bestehen und Dauer bedarf.

Hinweis:

Nach **anderer Auffassung**² hat der Auftragnehmer zunächst im Sinne eines vertragsändernden Angebots eine Berechnung der Fristverlängerung vorzunehmen und dem Auftraggeber die wesentlichen Gesichtspunkte der Neuberechnung mitzuteilen. Daher sollte der Auftragnehmer unter Darlegung der einzelnen Behinderungen und deren Auswirkungen eine Verlängerung der Ausführungsfristen gegenüber den Auftraggeber ausdrücklich verlangen. Ein mit der Bauaufsicht beauftragter Architekt kann ohne entsprechende Vollmacht nicht wirksam für den Auftraggeber mit dem Auftragnehmer eine Fristverlängerung vereinbaren.³

- 129 Weigert sich der Auftraggeber, einer Verlängerung der Ausführungsfristen zuzustimmen, dann kann die Bestimmung der Fristverlängerung nach §§ 317 ff. BGB einem Dritten übertragen werden. Der Auftragnehmer kann den geänderten Leistungstermin mittels einer **Feststellungsklage** gerichtlich festlegen lassen.

a) Berechnung des Verzögerungszeitraums

- 130 Für die Berechnung der Fristverlängerung ist zunächst die so genannte **Primärverzögerung** maßgeblich. Bei **Unterbrechungen** handelt es sich hierbei um die Zeiträume, an denen überhaupt nicht gearbeitet werden konnte oder um die sich der geplante Baubeginn verschoben hat (z. B. wegen fehlender Baugenehmigung). Bei bloßen Verzögerungen der Arbeiten durch **Bauablaufstörungen** ist die Feststellung der reinen Dauer der Behinderung schwieriger. Diese ermittelt sich durch einen **Vergleich des eingeschränkten Arbeitswertes mit dem vollen Leistungswert**. Hier können auch mehrere Behinderungen Berücksichtigung finden. Bei mehreren Behinderungen ist jedoch keine einfache Addition der einzelnen Fristverlängerungen je Behinderung möglich, sondern es ist festzustellen, inwieweit sich diese Behinderungen gegenseitig beeinflussen oder sich unabhängig voneinander bewegen. Diese Beurteilung ist zumeist nur im Rahmen eines baubetrieblichen Sachverständigenutachtens möglich.
- 131 So können Behinderungen nur teilweise aus dem Verantwortungsbereich des Auftraggebers entstammen und teilweise in den Risikobereich des Unterneh-

1 *Vygen/Schubert/Lang*, Rz. 149; *Heiermann/Riedl/Rusam*, § 6 VOB/B Rz. 24; a. A. *Ingenstau/Korbion*, Rz. 6f. zu § 6 Nr. 4 VOB/B.

2 *Ingenstau/Korbion*, Rz. 6f. zu § 6 Nr. 4 VOB/B.

3 BGH, BauR 1978, 139.

mers fallen. In diesen Fällen einer **Verantwortlichkeit beider Vertragspartner** richtet sich die Fristverlängerung entsprechend § 254 BGB danach, inwieweit die Behinderung vorwiegend von dem einen oder dem anderen Vertragspartner verursacht worden ist. Diese Beurteilung kann im Wege einer Schätzung nach § 287 ZPO erfolgen.¹ Grundsätzlich ist für die Fristverlängerung der gesamte Verzögerungszeitraum maßgeblich. Wenn der Auftragnehmer seiner Verpflichtung zur unverzüglichen Behinderungsanzeige nicht rechtzeitig nachkommt, muss der Zeitraum vom gebotenen Zeitpunkt der Anzeige bis zur tatsächlichen Anzeige der Behinderung bei der Berechnung der Fristverlängerung aber außer Betracht bleiben. Für diesen Zeitraum gilt § 6 Nr. 1 Satz 2 VOB/B.

Die Feststellung und Berechnung des Behinderungszeitraums kann im Einzelfall schwierig sein. Der Auftragnehmer hat die konkreten Behinderungen und deren Auswirkungen in zeitlicher Hinsicht schlüssig durch einen nachprüfbaren Soll-/Ist-Vergleich darzulegen. Fehlt beispielsweise eine vom Auftraggeber durchzuführende Mitwirkungshandlung (z. B. Planlieferung), ist genau festzustellen, wann der entsprechende Plan spätestens hätte vorliegen müssen und wann diese Mitwirkungshandlung vom Auftraggeber (verspätet) erbracht wurde. 132

Hinweis:

Um diesen Anforderungen an die **Darlegungslast** gerecht zu werden, bedarf es einer genauen Dokumentation auf der Baustelle. Im vorgenannten Beispiel der verspäteten Planlieferung muss exakt festgehalten werden, wann die jeweiligen Pläne dem Unternehmer zur Verfügung stehen sollten, wann diese vom Auftraggeber tatsächlich übergeben wurden und welche Arbeiten durch diese Verspätung zunächst nicht ausgeführt werden konnten. Hier eignen sich am besten so genannte **Planlieferlisten** mit Soll-Terminen, in die dann die tatsächlichen Übergabe bzw. Freigabetermine ergänzend eingetragen werden können. In diesem Zusammenhang sollte auch dokumentiert werden, ob und ggf. welche Arbeiten stattdessen ausgeführt wurden. Diese Dokumentation sollte entweder im Bautagebuch oder in den Bautagesberichten erfolgen.

Daneben sind die so genannten **Sekundärverzögerungen** zu berücksichtigen. 133 Hierbei handelt es sich zunächst um den Wiederaufnahmezuschlag. Dieser steht für das (Wieder-)Anlaufenlassen der Baustelle, womit ein erhöhter Zeitbedarf verbunden ist, sowie für den Ausgleich von Einarbeitungsverlusten und den Verlust von Wiederholungseffekten.² Derartige **Wiedereinarbeitungseffekte** führen erfahrungsgemäß sowohl beim eingesetzten Personal als auch bei den Geräten in der Wiedereinarbeitungsphase einer Baustelle zu erheblichen Minderleistungen. Zwar kommt dieser Zuschlag in erster Linie bei einer vorangegangenen Unterbrechung des Bauablaufs in Betracht. Er kann aber auch bei bloßen Behinderungen angesetzt werden, wenn eine Baustelle beispielsweise nur teilweise zum Stillstand kommt und in anderen Bereichen weitergearbeitet werden kann.³ Ein zusätzlicher Aufschlag kann durch die Einschränkung der Arbeitsproduktivität aufgrund der Verschiebung der Arbeiten in eine typisch oder zufällig ungünstigere Jahreszeit entstehen. Der umgekehrte Fall, dass sich die Arbeiten aufgrund von

1 BGH, BauR 1993, 600.

2 *Vygen/Schubert/Lang*, Rz. 150.

3 *Vygen/Schubert/Lang*, Rz. 150.

Behinderungen in eine günstigere Jahreszeit verschieben, ist nicht geregelt. Dieser Fall führt nicht zu einer Verkürzung der Fristverlängerung. Im Schrifttum wird jedoch eine Beschleunigung gefordert.¹

134 **Checkliste: Berechnung der Fristverlängerung**

Zur Beurteilung der zeitlichen Dauer des Behinderungszeitraums und der dadurch bedingten Verlängerung der Ausführungsfristen nach § 6 Nr. 3 VOB/B ist jeder Behinderungstatbestand nach folgenden Gesichtspunkten zu untersuchen:

- ▷ vereinbarter Soll-Ablauf,
- ▷ tatsächlich Ist-Ablauf,
- ▷ Berechnung des Ist-Behinderungszeitraums durch Vergleich der tatsächlichen Ist- mit den geplanten bzw. vereinbarten Soll-Gegebenheiten,
- ▷ Beurteilung der terminlichen Auswirkungen der jeweils festgestellten Ist-Gegebenheiten,
- ▷ Beurteilung der Sekundärverzögerungen
- ▷ (bei mehreren Behinderungstatbeständen) zusammenfassende Beurteilung der terminlichen Auswirkungen im Wege einer Gesamtbetrachtung.

135 Die Ermittlung der jeweiligen Soll-Zeitpunkte ist dann regelmäßig unproblematisch, wenn bei Vertragsschluss durch entsprechende Terminpläne oder die Regelung von Vorlaufzeiten festgelegt worden ist, wann erforderliche Mitwirkungspflichten jeweils stattfinden sollen. In diesen Fällen lässt sich der Ist-Behinderungszeitraum durch einen Vergleich mit den jeweiligen tatsächlichen Ist-Terminen leicht errechnen. Fehlt es jedoch an entsprechenden terminlichen Festlegungen, so müssen nachträglich Soll-Termine ermittelt werden, an denen der Auftraggeber seinen Mitwirkungspflichten spätestens hätte nachkommen müssen. Diese Beurteilung ist im Regelfall schwierig und bietet **erhebliches Streitpotential**.

136 Das **neue Ende der Ausführungsfrist** wird somit dadurch bestimmt, dass die Dauer der Unterbrechung bzw. die zeitliche Auswirkung der Ablaufstörung an das ursprüngliche Vertragsende angehängt wird. Daneben werden der Wiederaufnahmeaufschlag sowie ggf. jahreszeitbedingte Erschwernisse hinzugerechnet.² Der leicht zu berechnende Fall, wonach sich jede Behinderung mindestens in gleicher Länge auf die auftragnehmerseitigen Ausführungsfristen auswirkt, wird selten vorliegen. Häufiger wird der Fall gegeben sein, dass der Auftragnehmer nur in **Teilbereichen der Baustelle**, nicht oder lediglich langsamer arbeiten kann, als dies in seinen Terminplänen als Soll vorgegeben war. Die zeitlichen Auswirkungen solcher Störungen, die nicht zu einem Stillstand der Bautätigkeit führen, müssen anhand des jeweiligen konkreten Einzelfalls jeweils für sich betrachtet werden, wobei insbesondere die Zusammenhänge von Terminabläufen und Kapa-

1 *Nicklisch/Weick*, § 6 VOB/B Rz. 38; *Ingenstau/Korbion*, Rz. 4 zu § 6 Nr. 5 VOB/B.

2 OLG Dresden, BauR 2000, 1881.

zitäten zu verfolgen sind. Zu berücksichtigen sind auch versteckte Puffer oder Dispositionsmöglichkeiten, wodurch ggf. aufgetretene Behinderungen relativ unproblematisch wieder aufgefangen werden können.¹

Die Fristverlängerung ist **grundsätzlich konkret zu berechnen**. Hierbei muss der ursprünglich vorgesehene Soll-Ablauf unter Berücksichtigung der terminlichen Auswirkungen der auftraggeberseitigen Störungen in einen behinderungsbedingt modifizierten Soll-Ablauf fortgeschrieben werden. Dieser hat im Wege einer **Gesamtbetrachtung** sämtliche Primär- und Sekundärverzögerungen, also Behinderungsauswirkungen, Unterbrechungen, Zeiträume für Wiederaufnahme der Arbeit bzw. Arbeitsverschiebung in eine ungünstigere Jahreszeit sowie ggf. weitere Zu- bzw. Abschläge möglichst **ursachenkausal** zu berücksichtigen. In diese Gesamtbetrachtung einbezogen werden müssen auch Abhilfemaßnahmen gemäß § 6 Nr. 3 VOB/B sowie ggf. ausgeschöpfte Puffer. Die Fortschreibung des störungsmodifizierten Bauablaufs erfolgt im Regelfall durch den Auftragnehmer, der eine Fristverlängerung beansprucht. 137

Wichtiger Hinweis:

Das in dieser Weise bestimmte neue Ende der Ausführungsfrist ist auch nach der Schuldrechtsreform 2002 **nicht** iSd. § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB **nach dem Kalender bestimmt**, sondern nur bestimmbar. M. E. kommt auch § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB, wonach eine Mahnung entbehrlich ist, wenn sich der Zeitpunkt der Leistung anhand eines vorausgehenden Ereignisses und einer bestimmten Leistungszeit berechnen lässt, nicht zur Anwendung. Diese Regelung knüpft an andere Sachverhalte wie insbesondere Rechnungsstellung bzw. Lieferung an, anhand derer leicht berechenbar ist, wann die Leistung zu erbringen ist, was bei Bauzeitverzögerungen gerade nicht der Fall ist. 138

Kommt es somit infolge von Behinderungen zu einer Bauzeitverlängerung, so kommt der Auftragnehmer nicht bereits mit Ablauf der verlängerten Bauzeit in Verzug. Es bedarf dann vielmehr einer Mahnung bzw. einer so genannten Inverzugsetzung durch den Auftraggeber nach Ablauf der verlängerten Ausführungsfrist. Da der Verlängerungszeitraum regelmäßig von mehreren Faktoren abhängt, die die Parteien zumeist während der Bauphase nicht abschätzen können, empfiehlt es sich, derartige Inverzugsetzungen in gewissen Abständen mehrfach auszusprechen. Einer Mahnung bedarf es jedoch dann nicht, wenn die Parteien einvernehmlich einen neuen nach dem Kalender bestimmten Fertigstellungstermin festgelegt haben.

In diesem Zusammenhang kalkulieren die Parteien oftmals **Pufferzeiten**. Übergibt der Auftraggeber die Pläne zwar später als vertraglich vereinbart, jedoch noch innerhalb dieser Pufferzeit, wirkt sich die Behinderung möglicherweise nicht auf den vorgesehenen Fertigstellungstermin aus, wenn keine weiteren Störungen auftreten. Der Auftragnehmer, der entsprechende Pufferzeiten in seine Zeitplanung aufgenommen hat, ist jedoch nicht verpflichtet, diese aufzulösen, also für im Verantwortungsbereich des Auftraggebers liegende Behinderungen zu opfern.² 139

¹ Hierzu sehr detailliert: *Kapellmann/Schiffers*, Bd. 1, Rz. 1254 ff.

² *Vygen/Schubert/Lang*, Rz. 150.

b) Zeitpunkt auftraggeberseitiger Mitwirkungshandlungen

- 140 Grundsätzlich hat der Auftraggeber erforderliche Mitwirkungshandlungen zeitlich so rechtzeitig zu erbringen, dass dem Auftragnehmer ein kontinuierlicher Arbeitsablauf ermöglicht wird. Dieser ergibt sich im Normalfall aus einem – ggf. vereinbarten – **Bauzeitenplan**. Auch wenn die darin enthaltenen Einzelfristen normalerweise keine verbindlichen Vertragsfristen nach § 5 Nr. 1 Satz 2 VOB/B sind, ergibt sich hieraus für den Auftraggeber der vom Auftragnehmer geplante und kalkulierte Detail-Ablaufplan für die zu erbringende Baumaßnahme. Unabhängig davon, ob der Bauzeitenplan vom Auftraggeber vorgegeben oder aber vom Auftragnehmer erstellt und vom Auftraggeber widerspruchslos hingenommen wurde, kann sich der Auftragnehmer auf den im Bauzeitenplan vorgegebenen Arbeitsablauf einstellen. Auch wenn die darin enthaltenen Einzelfristen für den Auftraggeber grundsätzlich unverbindlich sind, können sich hieraus die **Soll-Zeitpunkte** für erforderliche Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers ergeben. Diese ermitteln sich anhand der in den Einzelfristen ausgedrückten Zeitpunkte, zu denen der Auftragnehmer mit der jeweiligen Bauleistung fertig sein soll, unter Abzug der erforderlichen Zeit für Planung und Ausführung sowie ggf. weitere erforderlichen Vorlaufzeiten.¹
- 141 Schwierig wird die zeitliche Bestimmung von Soll-Terminen für Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers, wenn **kein Bauzeitenplan** vorliegt und auch sonst keine einzelnen Baufristen oder keine Bauzeit im Vertrag vereinbart sind. Ausgangspunkt ist in diesen Fällen, dass der Auftragnehmer, wenn er mit seinen Arbeiten einmal begonnen hat, einen **Anspruch auf kontinuierliche Fertigstellung seiner Arbeiten** hat.² Dem Rechtsgedanken des § 3 Nr. 1 VOB/B, wonach der Auftraggeber die für die Ausführung nötigen Unterlagen dem Auftragnehmer insbesondere rechtzeitig zu übergeben hat, ist zu entnehmen, dass der Auftraggeber seine Mitwirkungspflichten zeitlich in der Weise zu erbringen hat, dass dem Auftragnehmer eine kontinuierliche Fertigstellung der Vertragsleistung möglich ist.
- 142 In diesen Fällen wird man dem Auftraggeber aber nur dann den Vorwurf einer verspäteten Mitwirkung machen können, wenn diesem die Ablaufüberlegungen des Auftragnehmers bekannt sind. Letzterer sollte dem Auftraggeber daher einen projektorientierten (Grob-) Ablaufplan vorlegen. Der Auftraggeber ist dann nach Treu und Glauben gehalten, sich entweder mit seinen Mitwirkungshandlungen auf diesen Terminplan einzustellen oder aber selbst seine zeitlichen Vorstellungen zum Ablauf der Baumaßnahme mitzuteilen.³ Auf Grundlage eines solchen projektorientierten Ablaufplanes können dann die Soll-Zeitpunkte für die Erbringung von auftraggeberseitigen Mitwirkungshandlungen unter Berücksichtigung der erforderlichen Vorlauf-, Planungs- und Ausführungszeiten rückgerechnet werden.
- 143 Erfolgt eine auftraggeberseitige Mitwirkungshandlung nicht rechtzeitig, so wird eine **Behinderung** des Bauablaufs **widerlegbar vermutet**. Der Auftraggeber muss in diesen Fällen also darlegen und ggf. unter Beweis stellen, dass die verspätete

1 Detailliert hierzu: *Kapellmann/Schiffers*, Bd. 1, Rz. 305 ff.

2 *Kapellmann/Schiffers*, Bd. 1, Rz. 1312.

3 OLG Düsseldorf, BauR 1996, 862.

Mitwirkung nicht zu einer Verschiebung des Ist- gegenüber dem Soll-Ausführungstermin geführt hat oder dass der Soll-Termin nicht nur mit Hilfe von Beschleunigungsmaßnahmen eingehalten werden konnte.¹

c) Folgen der Fristverlängerung für eine vereinbarte Vertragsstrafe

Sind im Verlauf der Bauausführung mehrere Behinderungen aufgetreten, die dazu geführt haben, dass der gesamte Zeitplan des Unternehmers umgeworfen ist und wurde dieser dadurch zu einer durchgreifenden Neuordnung der Bauablaufplanung gezwungen, kann eine nachträgliche Berechnung der Fristverlängerung unmöglich sein. In solchen Fällen entfällt die vereinbarte Ausführungsfrist als vereinbarte Vertragsfrist, weil die **gesamte vom Unternehmer vorgesehene Bauablaufplanung grundlegend gestört** ist und davon ausgegangen werden kann, dass dieser sich unter diesen Umständen und bei entsprechender Kenntnis nicht zur Einhaltung einer festen Ausführungsfrist verpflichtet hätte. In diesen Fällen ist insbesondere ein Vertragsstrafenversprechen hinfällig.² Inwieweit aufgrund von Behinderungen eine „durchgreifende Neuordnung“ des Terminplans erzwungen wird, beurteilt sich immer nach dem konkreten Einzelfall, wobei insbesondere die Dauer der ursprünglich vereinbarten Ausführungsfrist maßgebend ist. Je knapper diese bemessen ist, um so weniger wird es dem Auftragnehmer möglich sein, unvorhergesehene Verzögerungen aufzufangen, so dass eine für sich gesehene geringe Störung des Bauablaufs zu einer Neuordnung der Terminplanung zwingen kann. 144

Für die Voraussetzungen einer Hinfälligkeit der **Vertragsstrafenvereinbarung** ist der Auftragnehmer darlegungs- und beweispflichtig. Der erforderliche **Sachvortrag** umfasst insbesondere die Darlegung der grundlegenden Änderungen (z. B. bei Planänderungen) und deren beeinträchtigender Auswirkungen auf die Bauabwicklung. In diesem Zusammenhang ist auch darzustellen, welche Arbeiten nicht in das ursprüngliche Vertragsbild eingeordnet werden konnten und aus welchem Grund deswegen die Beibehaltung der ursprünglichen Fristberechnung unmöglich oder jedenfalls unsicher war.³ 145

Eine derart umfassende Änderung des Zeitplans dürfte darüber hinaus auch zum gänzlichen **Fortfall** der Ausführungsfrist **als verbindliche Vertragsfrist** führen, weil die gesamte vom Unternehmer vorgesehene Bauablaufplanung grundlegend gestört ist und davon ausgegangen werden kann, dass er sich unter diesen Umständen und bei entsprechender Kenntnis nicht zur Einhaltung einer festen Ausführungsfrist verpflichtet hätte.⁴ 146

1 *Kapellmann/Schiffers*, Bd. 1, Rz. 1254.

2 BGH, NJW 1966, 971; BauR 1974, 206; BauR 1993, 600; OLG Düsseldorf, BauR 1975, 57; BauR 1982, 582; BauR 1985, 327.

3 OLG Düsseldorf, BauR 1975, 57.

4 *Vygen*, BauR 1983, 219.

9. Mustertexte

a) Behinderungsanzeige

147 (An den
Auftragnehmer)

Bauvorhaben:

Behinderungsanzeige gemäß § 6 Nr. 1 VOB/B

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit teilen wir Ihnen mit, dass wir aus folgenden Gründen in der ordnungsgemäßen Ausführung unserer Leistung behindert sind:

- ▷ Die Baufreiheit für die Baugrube ist nicht gegeben, weil im Bereich der Achsen A/B des Grundstücks das Rohrsystem sowie die Fundamente der Fernwärmeleitung noch nicht entfernt sind.
- ▷ Die angekündigte Teilbaugenehmigung für die Fundamente und Kellersohle liegt uns noch nicht vor.
- ▷ Die Ausführungspläne für die Fundamente und Kellersohle sind noch nicht freigegeben.
- ▷ Im 1. OG im Bereich der Achsen X/Y des Gebäudes weist der von der Firma A verlegte Estrich eine erhöhte Restfeuchte auf.

Diese Behinderungen haben zur Folge, dass die Aushubarbeiten/Rohbauarbeiten/Bodenlegearbeiten in den genannten Bereichen nicht begonnen/fortgesetzt werden können.

Da die vorbezeichneten Behinderungen aus Ihrem Verantwortungsbereich stammen, erfolgt gemäß § 6 Nr. 2 VOB/B eine Verlängerung der Ausführungsfristen. Die Geltendmachung von behinderungsbedingten Vergütungs- bzw. Schadensersatzansprüchen behalten wir uns ausdrücklich vor.

Mit freundlichen Grüßen

(Auftragnehmer)

b) Zurückweisung einer Behinderungsanzeige

148 (An den
Auftragnehmer)

Bauvorhaben:

Ihre Behinderungsanzeige vom

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit Schreiben vom haben Sie aufgrund im Boden vorgefundener Altlasten Behinderung angezeigt und eine Verlängerung der Ausführungsfristen verlangt. Dieses Verlangen ist jedoch unbegründet, weil wir Ihnen vor Vertragsschluss Gelegenheit gegeben hatten, eine Baugrunduntersuchung vorzunehmen. Aus diesem Grund haben Sie vertraglich auch das Risiko etwaig vorhandener Altlasten übernommen. Die in Ihrer Behinderungsanzeige enthaltenen Umstände entstammen daher entsprechend der vertraglichen Regelung aus Ihrem eigenen Risikobereich, so dass eine Verlängerung der Ausführungsfristen nach § 6 Nr. 2 VOB/B ausscheidet. Unter Bezugnahme auf § 6 Nr. 3 VOB/B fordern wir Sie auf, unverzüglich die erforderlichen Maßnahmen einzuleiten, damit die vereinbarten Ausführungsfristen eingehalten werden.

Mit freundlichen Grüßen

(Auftraggeber)

c) Mitteilung über den Wegfall der Behinderung

(An den
Auftraggeber)

149

Bauvorhaben:

Unsere Behinderungsanzeige vom

Mitteilung über den Wegfall der Behinderung

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit Behinderungsanzeige vom hatten wir Ihnen mitgeteilt, dass wir aufgrund von in der Ausführung unserer Bauleistung behindert sind. Nachdem diese Störung am behoben wurde, haben wir umgehend noch am selben Tag/am nächsten Tag/am die Arbeiten wieder aufgenommen/ werden wir die Arbeiten unverzüglich am wieder aufnehmen.

Mit freundlichen Grüßen

(Auftragnehmer)

d) Mitteilung der Fristverlängerung

(An den
Auftraggeber)

150

Bauvorhaben:

Behinderungsanzeige vom

Verlängerung der Ausführungsfrist

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit Schreiben vom hatten wir Sie davon unterrichtet, dass wir mangels Baufreiheit für die Baugrube aufgrund noch vorhandener Fernwärmeleitungen in der Ausführung unserer Leistung behindert waren. Diese Behinderung hat sich in Bezug auf die Ausführungsfristen folgendermaßen ausgewirkt:

Lt. Bauzeitenplan sollten die Aushubarbeiten für die Baugrube am beginnen. Zu diesem Zeitpunkt sollten auch sämtliche im Grundstück verlaufenden Leitungen umverlegt sein. Tatsächlich wurden die Rohrsysteme sowie die Fundamente der Fernwärmeleitung jedoch erst am entfernt. Da bis dahin mit den Aushubarbeiten nicht begonnen werden konnte, hat sich der geplante Baubeginn um Arbeitstage verschoben. Für die Wiederaufnahme der Arbeiten waren weitere Arbeitstage erforderlich. Die Verzögerung hat nunmehr zur Folge, dass die Restarbeiten in einer ungünstigeren Jahreszeit ausgeführt werden müssen, wodurch weitere zusätzliche Arbeitstage anfallen.

Aufgrund der aus Ihrem Verantwortungsbereich resultierenden Behinderung verlängert sich die vertraglich vereinbarte Ausführungsfrist um insgesamt Arbeitstage.

Mit freundlichen Grüßen

(Auftragnehmer)

e) Aufforderung zur Bauförderungspflicht nach § 6 Nr. 3 VOB/B

151 (An den
Auftragnehmer)

Bauvorhaben:

Verstoß gegen die Bauförderungspflicht nach § 6 Nr. 3 VOB/B

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit Behinderungsanzeige vom haben Sie mitgeteilt, aufgrund angeblich vorhandener Altlasten im Bereich des Bauvorhabens an der Fortsetzung der Ausschachtungsarbeiten behindert zu sein. Wie wir im Rahmen unserer heutigen Baustellenbegehung festgestellt haben, wurden die Arbeiten im genannten Bereich mittlerweile vollständig eingestellt. Wir weisen darauf hin, dass Sie nach § 6 Nr. 3 VOB/B verpflichtet sind, alles zu tun, was Ihnen billigerweise zugemutet werden kann, um die Weiterführung der Arbeiten zu ermöglichen.

Wir fordern Sie daher auf, die Ausschachtungsarbeiten unverzüglich im Bereich fortzusetzen, der ausweislich des beiliegenden Bodengrundgutachtens nicht von Altlasten betroffen ist. Weiter fordern wir Sie auf, folgende zusätzliche Maßnahmen zu ergreifen, um die zügige Fortführung der Bauarbeiten zu ermöglichen:

.....

Zur Fortsetzung der Arbeiten entsprechend der vorstehenden Ausführungen setzen wir Ihnen hiermit eine Frist bis zum, wobei wir darauf hinweisen, dass ein Verstoß gegen diese Aufforderung zu Schadensersatzansprüchen führt. Die Geltendmachung bereits entstandener Schadensersatzansprüche aufgrund der erfolgten Arbeitseinstellung behalten wir uns ausdrücklich vor.

Mit freundlichen Grüßen

(Auftraggeber)

f) Aufforderung zur Wiederaufnahme der Arbeiten (§ 6 Nr. 3 VOB/B)

(An den
Auftragnehmer)

152

Bauvorhaben:

Ihre Behinderungsanzeige vom

Wegfall der Behinderung

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit teilen wir Ihnen mit, dass die Ihrerseits mit Schreiben vom angezeigte Behinderung seit heute/seit dem beseitigt ist. Unter Bezugnahme auf § 6 Nr. 3 VOB/B fordern wir Sie daher auf, Ihre Arbeiten unverzüglich, spätestens aber bis zum, wieder aufzunehmen und uns hiervon schriftlich zu benachrichtigen.

Mit freundlichen Grüßen

(Auftraggeber)

II. Unterbrechung

1. Begriff

Unterbrechungen sind der **vorübergehende Stillstand** der Arbeiten, die unmittelbar auf den Leistungserfolg gerichtet sind. Die Unterbrechung ist eine besondere Form der Behinderung, die nicht nur eine zeitliche Hemmung oder Einengung der Leistungsdurchführung, sondern einen Arbeitsstillstand voraussetzt. Begrifflich stellt die Unterbrechung nur einen vorübergehenden Stillstand der Bautätigkeit dar. Wenn es sich um einen Dauerzustand handelt, so liegt nicht eine Unterbrechung, sondern ein Abbruch der Bauarbeiten vor. Die Unterbrechung von Nebentätigkeiten fällt nicht unter § 6 Nr. 1 VOB/B.

153