

# Newsletter

TSP Theißen Stollhoff & Partner Rechtsanwaltsgesellschaft

Baurecht, Vergaberecht, Immobilienrecht, Architekten- und Ingenieurrecht

## Baurecht

### Zuschlag mit Änderungen und Verzögerung des Vergabeverfahrens

BGH, B.v. 10.01.2013 - VII ZR 37/11

#### LEITSATZ

Eine Anpassung der Bauzeit und gegebenenfalls auch der Vergütung aufgrund einer Verzögerung durch ein Nachprüfungsverfahren ist keine nachträgliche Vertragsänderung, sondern von vornherein vereinbart. Mit dieser Vereinbarung haben die Parteien den - jedenfalls in Grenzen - voraussehbaren Fall geregelt, dass eine derartige Verzögerung stattfindet, die auch zu einer Veränderung der Bauzeit führt. Eine solche Regelung ist vergaberechtlich möglich und verstößt nicht gegen europarechtliche Vorgaben.\*

#### PRAXISHINWEIS

In den vergangenen Jahren ergingen mehrere Urteile des BGH zum Mehrvergütungsanspruch des Auftragnehmers nach verzögertem Zuschlag. Nach dieser inzwischen gefestigten Rechtsprechung hat der Auftragnehmer einen Mehrvergütungsanspruch gemäß § 2 Abs. 5 VOB/B analog für die infolge der verzögerten Vergabe entstandenen Mehrkosten. Im Beschluss vom 10.01.2013 setzt sich der BGH mit der Frage auseinander, ob ein derartiger Mehrvergütungsanspruch gegen europarechtliche Vorgaben verstößt. Der BGH verneint einen derartigen Verstoß und legt ergänzend dar, dass ein Mehrvergütungsanspruch wegen verzögerter Vergabe keine nachträgliche Vertragsänderung darstellt.

Vielmehr sei der Vertrag dahin auszulegen, dass eine Anpassung der Bauzeit und gegebenenfalls auch der Vergütung von vornherein vereinbart ist. Die Parteien hätten mit dieser Vereinbarung den voraussehbaren Fall

## Editorial

Die aktuelle Ausgabe 1-2013 informiert Sie über bedeutende neue Entscheidungen zum Vergabe-, Bau- und Immobilienrecht.

Hervorzuheben ist insbesondere die Entscheidung des BGH vom 10.01.2013. Hiernach verstößt eine Preis-anpassung aufgrund einer Verzögerung des Vergabeverfahrens nicht gegen europarechtliche Vorgaben. Ferner informieren wir Sie über den Stand der HOAI-Novelle 2013.

Eine Übersicht der wichtigsten Vergabevorschriften der einzelnen Bundesländer finden Sie in unserer Rubrik „Auf einen Blick“.

Schließlich möchten wir auf die zahlreichen Neuerscheinungen unseres Hauses hinweisen (S. 12 des Newsletters).

Wir wünschen Ihnen eine interessante Lektüre.

TSP Theißen Stollhoff & Partner  
Rechtsanwaltsgesellschaft

#### Impressum

TSP Theißen Stollhoff & Partner  
Rechtsanwaltsgesellschaft  
(Herausgeber)

Palais am Bundesrat

Leipziger Platz 11

10117 Berlin

Telefon (030) 399776-0

Telefax (030) 399776-22

Berlin@ts-law.de

www.ts-law.de

Partnerschaftsgesellschaft  
AG Charlottenburg PR 431 B

#### Inhalt

<b>Aktuelles aus der Rechtsprechung</b>	<b>1</b>
<b>Nachrichten aus der Bau- und Immobilienwirtschaft</b>	
➤ Negativer Basiszinssatz	3
➤ HOAI-Novelle 2013	5
➤ Mediationsgesetz in der Praxis	7
➤ Mietrechtsnovelle	9
<b>TSP – Intern</b>	<b>10</b>
<b>Auf einen Blick</b>	<b>11</b>

geregelt, dass eine Verzögerung durch ein Nachprüfungsverfahren stattfindet und dadurch eine Veränderung der Bauzeit eintritt. Insgesamt hat der BGH damit erneut seine bisherige Rechtsprechung zum Mehrvergütungsanspruch des Auftragnehmers nach verzögerter Vergabe bekräftigt.

### **Schlussrechnung: Einwand fehlender Prüffähigkeit**

OLG Koblenz, B.v. 18.12.2012 - 2 U 1001/11

#### **LEITSATZ**

Der Auftraggeber einer Werkleistung ist mit Einwendungen gegen die Schlussrechnung nicht deshalb ausgeschlossen, weil eine Prüfung derselben gemäß § 16 Nr. 3 VOB/B innerhalb von 2 Monaten unterblieben ist. Die Prüfungsfrist ist lediglich Fälligkeitsvoraussetzung für die Schlussrechnung, führt jedoch nicht zum Ausschluss von Einwendungen gegen die Schlussrechnung. Es findet eine Sachprüfung statt.

#### **PRAXISHINWEIS**

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Koblenz ist noch zur alten VOB/B ergangen. Nach der neuen VOB/B – Ausgabe 2012 ist ein Auftraggeber regelmäßig bereits nach 30 Kalendertagen mit dem Einwand fehlender Prüffähigkeit der Schlussrechnung ausgeschlossen. Wenn also beispielsweise der Schlussrechnung die notwendigen Aufmaße oder Aufmaßzeichnungen nicht beigelegt sind, muss der Auftraggeber die dadurch bedingte fehlende Prüffähigkeit der Rechnung bereits innerhalb von 30 Kalendertagen geltend machen. Darüber hinaus hebt die Entscheidung des Oberlandesgerichts Koblenz zutreffend hervor, dass ein Auftraggeber nach Ablauf der Frist des § 16 Abs. 3 VOB/B lediglich mit dem Einwand der fehlenden Prüffähigkeit der Schlussrechnung ausgeschlossen ist. Eine Sachprüfung ist auch nach Ablauf dieser Frist möglich. D.h. der Auftraggeber kann nach wie vor den Einwand erheben, dass die Schlussrechnung „nicht richtig“ sei. Er kann also beispielsweise aufzeigen, dass der Auftragnehmer fälschlich Leistungen abgerechnet hat, die aus Sicht des Auftraggebers nicht erbracht worden sind.

\* Kein amtlicher Leitsatz

### **Vertragsstrafe von 5 % der Gesamtauftragssumme bei Überschreitung einer Zwischenfrist?**

BGH, U. v. 06.12.2012 – VII ZR 133/11

#### **LEITSATZ**

In Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers ist eine Vertragsstrafenregelung unwirksam, die für die schuldhafte Überschreitung einer Zwischenfrist eine Obergrenze von 5 % der Gesamtauftragssumme festlegt.\*

#### **PRAXISHINWEIS**

Im Rahmen einer Werklohnklage eines Nachunternehmers erklärte der beklagte Generalunternehmer die Aufrechnung mit einer verwirkten Vertragsstrafe des Nachunternehmers. Der Bauvertrag der Parteien war ein Klauselwerk des Generalunternehmers. Dieses Klauselwerk sah als Vertragsstrafenregelung vor, dass der Nachunternehmer für jeden Werktag des Verzuges sowohl bei Überschreitung der Ausführungsfrist als auch bei Überschreitung von Einzelfristen €5.000,00 zu zahlen hatte, wobei die Vertragsstrafe insgesamt auf maximal 5 % der (Gesamt-)Auftragssumme begrenzt war.

Für die Termintreue der Leistungen des Nachunternehmers war im entschiedenen Fall äußerst wichtig, dass die Bauarbeiten dem Hochwasserschutz dienen und nach einer öffentlich rechtlichen Vorschrift (Deichschutzverordnung) Bautätigkeiten nur innerhalb der hochwasserfreien Zeit vom 01.04. bis 31.10. eines Jahres erfolgen durften.

Der Bundesgerichtshof erklärte die Vertragsstrafenklausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Generalunternehmers als Auftraggeber für unwirksam. Dies deshalb, da bereits die schuldhafte Überschreitung eines Zwischentermins bei vorliegender Ausgestaltung zu einer Kumulierung führen könne. Die vereinbarte Höchstgrenze dieser Kumulierung von 5 % der Gesamtauftragssumme des Vertrages ist dabei zu hoch. Der Auftraggeber soll bei Absicherung eines Zwischentermins nicht davon profitieren können, dass der Auftragnehmer später noch weitere Leistungen erbringt, die nicht dazu dienen, die Einhaltung des Zwischentermins zu sichern. Um ein angemessenes Gleichgewicht der Interessen von Auftraggeber und Auftragnehmer herzustellen, dürfe der Auftraggeber nicht anders gestellt werden, als hätte er den Auf-

tragnehmer allein mit den Leistungen bis zum Zwischentermin beauftragt. In diesem Fall wäre der Zwischentermin ein Endtermin und die prozentuale Höchstgrenze der Vertragsstrafe müsste sich an der Auftragssumme orientieren. Eine Vertragsstrafe, die dann einen Tagessatz von mehr als 0,3 % und eine Obergrenze von mehr als 5 % vorsieht, ist danach unangemessen und unwirksam. Diesem steht nach Ansicht des Bundesgerichtshofs auch nicht das vorliegende besondere Interesse der Parteien an der termintreuen Leistungserbringung des Nachunternehmers entgegen.

### NEGATIVER BASISZINSSATZ

Ab dem 01.01.2013 gilt ein negativer Basiszinssatz von -0,13 Prozent. Maßgeblich ist der Basiszinssatz für die Höhe der Verzugszinsen. Er wird jeweils im Januar und im Juli von der Bundesbank festgesetzt und orientiert sich an dem Zinssatz der Hauptrefinanzierungsgeschäfte der Europäischen Zentralbank. Bei Verbrauchergeschäften liegen die Verzugszinsen fünf und bei Handelsgeschäften acht Prozentpunkte über dem Basiszinssatz. Somit beträgt ab dem 01.01.2013 der Verzugszinssatz bei Verbrauchergeschäften 4,87 Prozent und bei Handelsgeschäften 7,87 Prozent.

### Kein Rücktritt bei Nachfristsetzung vor Fälligkeit

BGH, U.v. 14.06.2012 - VII ZR 148/10

### LEITSATZ

1. Ein Gläubiger kann nicht gem. § 323 Abs. 1 BGB vom Vertrag zurücktreten, wenn er die Frist zur Leistung vor deren Fälligkeit gesetzt hat. Das gilt auch dann, wenn bereits vor Fälligkeit ernsthafte Zweifel an der Leistungsfähigkeit oder der Leistungswilligkeit des Schuldners bestehen.
2. Allein die Erklärung des Schuldners, er werde zum Fälligkeitszeitpunkt nicht leisten können, begründet keine ernsthafte und endgültige Leistungsverweigerung im Sinne des § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB.
3. Der Gläubiger kann nach Fälligkeit der Leistung ohne Setzen einer Nachfrist gem. § 323

Abs. 2 Nr. 3 BGB sofort zurückzutreten, wenn feststeht, dass die gem. § 323 Abs. 1 BGB dem Schuldner zu setzende angemessene Frist zur Leistung nicht eingehalten werden wird.

4. Das Rücktrittsrecht nach § 323 Abs. 4 BGB kann nicht mehr ausgeübt werden, wenn die Leistung fällig geworden ist. Die Wirksamkeit eines Rücktritts bestimmt sich ab diesem Zeitpunkt nach § 323 Abs. 1 und 2 BGB.

### PRAXISHINWEIS

Im entschiedenen Fall hatte sich der Auftragnehmer (AN) zur Errichtung eines Fachmarktzentrums verpflichtet. Noch vor Ablauf des vertraglich vereinbarten Übergabezeitpunktes setzte der Auftraggeber (AG) dem AN eine Nachfrist, die die Ausführungsfrist um einen Monat verlängerte, und drohte gleichzeitig an, nach ergebnislosem Fristablauf zurückzutreten. Nachdem die Nachfrist ergebnislos verstrichen war, trat der AG zurück und verlangte vom AN u.a. die vertraglich aufgewendeten Vertrags- und Maklerkosten i.H.v. €128.000,00. Ohne Erfolg: Die Nachfrist kann gem. § 323 Abs. 1 BGB erst nach Fälligkeit gesetzt werden. Wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert, ist die Nachfristsetzung gem. § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB zwar nicht erforderlich. Aus dem Verhalten des AN ließ sich aber nach Auffassung des Gerichts keine ernsthafte Leistungsverweigerung ableiten.

Wenn bereits vor Eintritt der Fälligkeit offensichtlich ist, dass die Rücktrittsvoraussetzungen eintreten werden, sollte der AG als Gläubiger von der Möglichkeit nach § 323 Abs. 4 BGB Gebrauch machen und vor Fälligkeit zurückzutreten. Andernfalls kann die Nachfrist gem. § 323 Abs. 1 BGB eben erst nach Eintritt der Fälligkeit gesetzt werden.

### Verkürzung der Verjährungsfrist

BGH, U.v. 06.12.2012 - VII ZR 15/12

### LEITSATZ

Eine vom Auftraggeber in einem Bauvertrag gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung, mit der die Verjährungsfrist für den Werklohnanspruch des Auftragnehmers auf zwei Jahre abgekürzt wird, ist unwirksam, weil sie den Auftragnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt.

## PRAXISHINWEIS

In dem zugrunde liegenden Fall enthielten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers eine zweijährige Verjährungsfrist für Werklohnansprüche des Auftragnehmers von zwei Jahren. Der BGH erachtet eine derartige Verkürzung der Verjährungsfrist als unwirksam, weil sie gegen das gesetzliche Leitbild verstößt und keine Interessen des Auftraggebers erkennbar sind, die eine derartige Verkürzung rechtfertigen könnten.

Dieses Urteil entspricht der bisherigen Rechtsprechung des BGH, wonach eine einseitige Beschränkung der Interessen eines Vertragspartners als unangemessene Benachteiligung zu werten ist. Gleichermaßen kann beispielsweise der Auftragnehmer in seinen AGB die Gewährleistungsfrist nicht auf zwei Jahre verkürzen. Derartige Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verwenders sind daher unwirksam.

---

### Verjährungsbeginn für Rückforderungsanspruch des öffentlichen Auftraggebers

BGH, B.v.14.06.2012 - VII ZR 213/10

#### LEITSATZ

1. (...)
2. Die dreijährige Verjährung von Rückzahlungsansprüchen des öffentlichen Auftraggebers gegen den überzahlten Bauunternehmer hängt nicht vom Zugang einer Mitteilung der Rechnungsprüfungsbehörde ab. Der öffentliche Auftraggeber hat vielmehr bereits dann Kenntnis von den den Anspruch begründenden Umständen, wenn er die vertragswidrige Abrechnung bei der Schlussrechnungsprüfung aus den vorliegenden Unterlagen erkennen kann.
3. Der Auftraggeber handelt mindestens grob fahrlässig im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB, wenn er weiß oder wissen muss, welche Unterlagen er für die genaue Rechnungsprüfung benötigt, diese aber vom Auftragnehmer nicht anfordert.
4. Der Antragsteller hat im Mahnverfahren alles ihm für eine alsbaldige Zustellung Zumutbare zu tun. Dazu gehören nicht nur die Antragstellung und die Bezeichnung des Prozessgerichts, sondern auch die zeitnahe Beantwortung einer Anfrage des Mahngerichts.

## PRAXISHINWEIS

In der Praxis bedeutsam ist die Frage, wessen Kenntnis für den Verjährungsbeginn bei Ansprüchen von Behörden maßgeblich ist. In ständiger Rechtsprechung stellt der BGH (vgl. BauR 2007, 597) hierfür auf die positive Kenntnis des für die Vorbereitung und Verfolgung des Regressanspruchs zuständigen Mitarbeiters ab.

---

### Auch ohne Einigung über die Höhe der Vergütung entsteht Anspruch auf Abschlagszahlung

BGH, B.v. 24.05.2012 - VII ZR 34/11

#### LEITSATZ

Der Auftragnehmer ist berechtigt, auch dann Abschlagszahlungen für eine vom Auftraggeber geforderte zusätzliche Leistung unter den Voraussetzungen des § 16 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B zu fordern, wenn eine Einigung über deren Vergütung nicht stattgefunden hat.

## PRAXISHINWEIS

Im Streitfall hatte der Auftraggeber (AG) zusätzliche Leistungen angeordnet, die der Auftragnehmer (AN) auch erbrachte, allerdings ohne dass sich die Vertragsparteien zuvor über die Höhe der Vergütung geeinigt hatten. Unter Berücksichtigung des insofern entstehenden Werklohns erteilte der AN Abschlagsrechnungen gem. § 16 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B 2006, die der AG aber nicht bezahlte, weil er erst den Abschluss eines Prüfverfahrens für Nachtragsforderungen abwarten wollte. Der AN nimmt daher den AG auf Verzugszinsen in Anspruch, und zwar beginnend mit dem fälligkeitsbegründenden Ablauf der 18-Tagefrist gem. § 16 Nr. 1 Abs. 3 VOB/B 2006. Mit Erfolg! Auch die angeordnete und vom AN erbrachte zusätzliche Leistung ist eine vertragsgemäße Leistung im Sinne des § 16 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B 2006, sodass insofern Abschlagsforderungen verlangt werden können. Der Anspruch auf Vergütung der zusätzlich erbrachten Leistungen gem. § 2 Nr. 6 Abs. 1 Satz 1 VOB/B 2006 hängt nicht davon ab, dass die Parteien vor Beginn der Ausführung eine Vergütung vereinbarten.

### HOAI-NOVELLE 2013

Am 11.12.2012 fand die Herbsttagung des Ausschusses der Verbände und Kammern der Ingenieure und Architekten für die Honorarordnung e.V. (AHO) in Berlin vor mehr als 200 geladenen Gästen, u.a. der TSP Theißen Stollhoff & Partner Rechtsanwaltsgesellschaft, statt. Informiert und diskutiert wurde über den aktuellen Stand der beabsichtigten HOAI-Novelle 2013.

Der zuständige Referatsleiter im BMWi Dr. Thomas Solbach bekräftigte nochmals das Ziel, die HOAI-Novelle noch in dieser Legislaturperiode umzusetzen. Nach dem nunmehr modifizierten Zeitplan soll die Abstimmung zwischen den Ressorts bis Februar 2013 abgeschlossen sein. Der Kabinettsbeschluss ist für April 2013 geplant. Der bereits in Arbeit befindliche Referentenentwurf soll im März 2013 für die Anhörung der Länder und Verbände versandt werden. Dem Bundesrat soll anschließend im Mai/Juni 2013 die HOAI-Novelle zur Abstimmung vorgelegt werden. Geplant ist, dass die neue HOAI im August 2013 in Kraft treten wird.

Der Vertreter des BMWi berichtete weiter, dass das ca. 2000 Seiten umfassende Gutachten zur Honorarstruktur inzwischen vorliege und geprüft werde. Ob die Beratungsleistungen für Umweltverträglichkeitsstudien, Thermische Bauphysik, Schallschutz und Raumakustik, Bodenmechanik, Erd- und Grundbau sowie Vermessungstechnische Leistungen in den verbindlichen Teil der HOAI rückgeführt und dann wieder dem zwingenden Preisrecht der HOAI unterliegen werden, ist weiterhin nicht entschieden.

Im Rahmen der anschließenden Diskussionsrunde „Praxiserfahrungen nach 3 Jahren HOAI 2009“ wurde betont, dass sich die Regelung der HOAI 2009 zum Planen im Bestand mit einem Umbauschlag bis zu 80 % in der Praxis nicht bewährt habe. Angesichts der zunehmenden Bedeutung von Planungsleistungen im Bestand bestehe daher in diesem Bereich ein Nachbesserungsbedarf. Als reformbedürftig wurden zudem die Allgemeinen Vorschriften der HOAI und das Kostenberechnungsmodell angesehen.

#### **Unwirksamkeit einer Vertragserfüllungsbürgerschaft i.H.v. 15 % bei Vereinbarung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen**

OLG München, U.v. 10.04.2012 - 9 U 5645/10

#### **LEITSATZ**

Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers enthaltene Sicherungsvereinbarung, wonach der Auftragnehmer dem Auftraggeber eine Vertragserfüllungsbürgerschaft in Höhe von 15 % des vereinbarten Nettopauschalpreises zu übergeben hat, benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen und ist unwirksam.

#### **Auch ein Bauträger haftet nach AEntG für Nachunternehmer**

BAG, U.v. 16.05.2012 - 10 AZR 190/11

#### **LEITSATZ**

Ein Bauträger, der Gebäude im eigenen Namen und auf eigene Rechnung errichten lässt, um sie

während oder nach der Bauphase zu veräußern, ist Unternehmer i.S.v. § 1a AEntG a.F.

#### **PRAXISHINWEIS**

Die Entscheidung bezieht sich auf § 1a AEntG a.F., kann aber auf die aktuelle Regelung des § 14 AEntG übertragen werden. Das BAG vergleicht die Situation eines Bauträgers mit der des Generalunternehmers und stellt fest, dass auch bei Bauträgern der wesentliche und unmittelbar unternehmerische Gegenstand die Beauftragung von Bauleistungen sei. Damit habe der Bauträger ebenfalls für die Lohnforderung der Beschäftigten bei ihren Nachunternehmern einzustehen. Unerheblich sei auch, zu welchem Zeitpunkt er die Aufträge an die Nachunternehmer erteilt, also etwa bevor er Erwerber gefunden hat oder erst danach. Auch Bauträger sind also gut beraten, wenn sie sich die Unbedenklichkeit der von ihnen eingesetzten auch ausländischen Nachunternehmer durch die jeweiligen Sozial- und Unfallkassen versichern lassen. Im Übrigen sollten Bauträger und Generalunternehmer etwaige Rückgriffsansprüche aus der Inanspruchnahme nach AEntG durch Vereinbarung einer Vertrag-

serfüllungs- und Gewährleistungsbürgschaft gegenüber den Nachunternehmern absichern.

## Architektenrecht

### Verjährungsbeginn vor Abnahme der Architektenleistung

OLG München, U.v. 17.07.2012 - 13 U 4106/11

#### LEITSATZ

1. Die Verjährung von Schadensersatzansprüchen wegen Planungsmängeln beginnt nicht erst, wenn die Abnahme erfolgt ist, sondern bereits dann, wenn Umstände gegeben sind, nach denen eine Erfüllung des Architektenvertrags nicht mehr in Betracht kommt.
2. Von der Umgestaltung eines Architektenvertrags in ein Abwicklungsverhältnis kann ausgegangen werden, wenn Leistungen der Leistungsphase 9 nach § 15 Abs. 2 HOAI a.F. oder auch sonstige Erfüllungsleistungen nicht mehr möglich sind.

### Vollmacht und Prüfvermerk des Bauleiters

OLG Köln, U.v. 07.11.2012 - 17 U 128/11

#### LEITSATZ

1. Die Erklärung des Auftraggebers, sein Bauleiter sei zur "allumfänglichen Vertretung" berechtigt, beinhaltet eine rechtsgeschäftliche Vollmacht des Bauleiters einschließlich der rechtsverbindlichen Prüfung von Schlussrechnungen.\*
2. Der Prüfvermerk des Bauleiters bindet den Auftraggeber in der Regel nicht. Allerdings trifft den Auftraggeber die Darlegungs- und Beweislast für die eingebauten Mengen, wenn sein Architekt oder Bauleiter die vom Auftragnehmer einseitig ermittelten Massen durch einen Prüfvermerk bestätigt und wegen der nachfolgenden Arbeiten eine Überprüfung der Mengen nicht mehr möglich ist.\*

#### PRAXISHINWEIS

Während der Durchführung eines Bauvorhabens stellt sich oftmals die Frage, welche Befugnisse der vom Auftraggeber beauftragte Architekt bzw. Bauleiter hat. Grundsätzlich ist ein Architekt/Bauleiter berechtigt, Mängel zu rügen, gemeinsame Aufmaße zu bestätigen, Stundenlohnzettel abzuzeichnen und sonstige Anordnungen

zu treffen, soweit dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung des abgeschlossenen Vertrages erforderlich ist. Allerdings ist der Architekt/Bauleiter nicht berechtigt, eigenmächtig vertragliche Absprachen hinsichtlich des Bauinhaltes oder der Termine zu ändern. Die Vollmacht des Architekten/Bauleiters endet grundsätzlich dort, „wo die Brieftasche des Bauherrn anfängt“. Daher stellt der Prüfvermerk eines Architekten/Bauleiters auf der Rechnung des Auftragnehmers kein Anerkenntnis des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer dar. Auch eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast zu Gunsten des Auftragnehmers kann hieraus nicht gefolgert werden, es sei denn, dass wegen der nachfolgenden Arbeiten eine Überprüfung der Mengen nicht mehr möglich ist. Ein Anerkenntnis ist nur dann anzunehmen, wenn - wie hier - der Auftraggeber den Bauleiter zur allumfänglichen Vertretung ausdrücklich bevollmächtigt hat.

## Vergaberecht

### Kein Anspruch des Bieters auf künftige Unterlassung

BGH, U.v. 05.06.2012 - X ZR 161/11

#### LEITSATZ

Einem (potenziellen) Bieter steht gegen den öffentlichen Auftraggeber kein aus bürgerlich-rechtlichen Vorschriften herzuleitender Anspruch darauf zu, die Verwendung bestimmter als vergaberechtswidrig erachteter Vergabebedingungen in etwaigen zukünftigen Vergabeverfahren zu unterlassen (Fortführung von BGH, Urteil vom 11. September 2008 - I ZR 74/06, BGHZ 178, 63).

#### PRAXISHINWEIS

In der Entscheidung ging es um die Verwendung einer sog. Fachpersonalklausel mit folgendem Wortlaut: „Die Bieter müssen als Herstellerfirma gelten und der Güteschutzgemeinschaft Verkehrszeichen und Verkehrseinrichtungen e.V. angehören.“ Die übergangene Bieterin nimmt die Auftraggeberin auf Feststellung einer Schadensersatzpflicht in Anspruch und möchte ihr untersagen lassen, künftig diese "Fachpersonalklausel" bei Ausschreibungen zu verwenden. Die Klausel kann nach Auffassung des BGH faktisch zu einer beschränkten Ausschreibung führen.

Dies kann jedoch nur im laufenden Vergabeverfahren, nicht aber für künftige Ausschreibungen geltend gemacht werden.

### **MEDIATIONSGESETZ IN DER PRAXIS**

Das Mediationsgesetz ist am 26.7.2012 in Kraft getreten. Vorrangig soll dadurch die außergerichtliche Mediation gestärkt werden. Daneben kann das Gericht die Parteien für die Güteverhandlung sowie für weitere Güteversuche vor einen hierfür bestimmten und nicht entscheidungsbefugten Güterichter verweisen (§ 278 Abs. 5 ZPO). Er kann alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation einsetzen. Dieses sog. Güterichtermodell soll die bisher praktizierte gerichtsinterne Mediation ein Jahr nach Inkrafttreten des Mediationsgesetzes ablösen. Allerdings zeichnet sich schon jetzt ab, dass in der gerichtlichen Praxis weiterhin die gerichtsinterne Mediation, nunmehr aber vor dem Güterichter angeboten wird (vgl. [www.berlin.de/sen/justiz/gerichte/landgericht/mediation/](http://www.berlin.de/sen/justiz/gerichte/landgericht/mediation/)). Unklar ist gegenwärtig, ob der Güterichter in dieser Eigenschaft als gesetzlicher Richter tätig wird. Die Streitlösungsordnung Bau regelt die Mediation als außergerichtliches Verfahren der Streitbeilegung neben der Schlichtung, der Adjudikation und dem Schiedsgerichtsverfahren.

### **Zuständigkeit der Vergabekammer bei gesetzeswidriger Dienstleistungskonzession**

BGH, B.v. 18.06.2012 - X ZB 9/11

#### **LEITSATZ**

Wird ein Anspruch auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren darauf gestützt, dass die angekündigte Beschaffung von Entsorgungsleistungen durch Vergabe einer Dienstleistungskonzession gesetzeswidrig sei und nur im Wege eines öffentlichen Auftrags erfolgen dürfe, sind die Nachprüfungsinstanzen des vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zuständig.

### **PRAXISHINWEIS**

In dem entschiedenen Sachverhalt wurde aus der Sicht des Beschwerdegerichts unter Verstoß gegen § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG eine Konzession für Entsorgungsleistungen im nicht förmlichen Verfahren ausgeschrieben. Grundsätzlich hält der BGH die Vergabenachprüfungsinstanzen bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen nicht für zuständig. Die vorliegende BGH-Entscheidung erklärt demgegenüber die Vergabenachprüfungsinstanzen für zuständig, wenn im Nachprüfungsverfahren die fehlerhafte Wahl eines nicht dem förmlichen Vergaberecht unterliegenden Vertragstyps beanstandet wird. Insofern sei im Nachprüfungsverfahren bei der Begründetheit auch zu prüfen, ob § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG dem Abschluss einer Dienstleistungskonzession entgegensteht.

### **Beschaffungsgegenstand legt ausschließlich der öffentliche Auftraggeber fest**

VK Bund, B.v. 21.06.2012 - VK 3-57/12

#### **LEITSATZ**

1. Kartellrechtliche Belange gehören nicht zum Prüfungsgegenstand des Nachprüfungsverfahrens.
2. Die Festlegung des Beschaffungsgegenstandes obliegt grundsätzlich der ausschließlichen Bestimmung durch den öffentlichen Auftraggeber.
3. Der öffentliche Auftraggeber ist verpflichtet, das Vergabeverfahren möglichst wettbewerbs offen zu gestalten. Die Vergabestelle ist nicht verpflichtet, ihren Bedarf so auszurichten, dass möglichst alle auf dem Markt agierenden Teilnehmer leistungs- bzw. angebotsfähig sind.\*

### **Ohne Zuschlagschance ist der Nachprüfungsantrag unzulässig**

VK Bund, B.v. 11.06.2012 - VK 3-51/12

#### **LEITSATZ**

Das Nachprüfungsverfahren dient nicht der objektiven Korrektur von Vergabefehlern, sondern dem subjektiven Rechtsschutz eines Bieters. Daher fehlt die Antragsbefugnis, wenn das auf Rang vier platzierte Angebot des Antragstellers auch

bei Korrektur des geltend gemachten Vergabefehlers keine Zuschlagschance hat.\*

### **Aufhebung der Ausschreibung erst nach Wertung zulässig**

VK Bund, B.v. 04.07.2012 - VK 1-64/12

#### **LEITSATZ**

1. Die für § 17 Abs. 1 lit. c) VOL/A erforderliche Feststellung, dass überhaupt kein wirtschaftliches Angebot vorliegt, kann erst nach Abschluss der Wertung getroffen werden, so dass eine Aufhebung der Ausschreibung erst zulässig ist, wenn die Wertung ordnungsgemäß beendet worden ist.
2. Einem öffentlichen Auftraggeber steht es grundsätzlich frei, ein einmal eingeleitetes Vergabeverfahren auch anders als durch einen Zuschlag zu beenden. Insofern kann die Aufhebung einer Ausschreibung mangels Aufhebungsgründen im Sinne des § 17 VOL/A zwar rechtswidrig, aber dennoch wirksam sein. Hierfür muss der öffentliche Auftraggeber zumindest einen die Aufhebung der Sache nach rechtfertigenden Grund haben. Dieser kann vorliegen, wenn das Vergabeverfahren fehlerbehaftet und deshalb ohnehin zurückzusetzen wäre.\*

### **Vergabenachprüfungsverfahren gewährt keinen vorbeugenden Rechtsschutz**

VK Bund, B.v. 04.05.2012 - VK 3-30/12

#### **LEITSATZ**

1. Der Antragsteller kann im Vergabenachprüfungsverfahren keine allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle durchsetzen. Erforderlich ist daher, dass die Chancen des Antragstellers auf Zuschlagserteilung durch die behauptete Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften eingeschränkt werden.
2. Wenn der Auftraggeber ausdrücklich erklärt, das Angebot nicht von der Wertung auszuschließen zu wollen, obwohl es nicht die vergaberechtswidrigen Voraussetzungen der Ausschreibung erfüllt, droht dem Antragsteller kein Schaden.\*

### **Fehlerhafte Eignungsnachweise**

VK Münster, B.v. 17.01.2013 - VK 22/12

#### **LEITSATZ**

1. Die Vergabestelle kann bereits in der Bekanntmachung ihr Ermessen i.S.v. § 19 Abs. 3 SektVO ausüben und die Interessenten darauf hinweisen, dass bestimmte Eignungsnachweise nicht nachgefordert werden.
2. Ihre Ermessenserwägungen kann die Vergabestelle auch in einem Nachprüfungsverfahren noch konkretisieren, solange keine Manipulationsgefahr besteht.
3. Fehlerhafte Eignungsnachweise, bei denen ganz geringfügige materiell-inhaltliche Auswirkungen nicht ausgeschlossen werden können, sind keine "fehlenden" Erklärungen i.S.v. § 19 Abs. 3 SektVO, so dass keine Nachforderungsmöglichkeit besteht.

### **Vergabe von Tiefbauarbeiten**

OLG Naumburg, U.v. 20.12.2012 - 2 U 92/12

#### **LEITSATZ**

1. Bei einem vergaberechtswidrigen Ausschluss eines Angebots kann ein Anspruch des Bieters auf Ersatz seines positiven Interesses, also seines Interesses an der Auftragserteilung, ausnahmsweise dann bestehen, wenn der öffentliche Auftraggeber den ausgeschriebenen Auftrag tatsächlich erteilt hat und der übergangene Bieter bei rechtmäßigem Verlauf des Vergabeverfahrens den Auftrag hätte erhalten müssen.
2. Legt ein Bieter im Rahmen der Ausschreibung eines Bauauftrags als Einheitspreisvertrag ein - zugelassenes - Nebenangebot mit einem Pauschalpreis vor, und hat der Auftraggeber in den Bewerbungsbedingungen eindeutig für alle Nebenangebote den Nachweis der Gleichwertigkeit mit dem Hauptangebot innerhalb der Angebotsfrist verlangt, so ist das Nebenangebot nach § 25 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) VOB/A 2006 auszuschließen, wenn es einen solchen Nachweis nicht enthält.
3. Bei Tiefbauarbeiten sind unerwartete Baugrundverhältnisse mit Auswirkungen auf die auszuführenden Leistungen oder Mengenabweichungen nicht selten, so dass die nach § 5 Nr. 1 lit. b) VOB/A 2006 vorgesehenen Voraussetzungen für den Abschluss eines Pauschalpreisvertrages - in Fällen, in denen die Leistung

nach Ausführungsart und Umfang genau bestimmt ist und mit einer Änderung bei der Ausführung nicht zu rechnen ist - regelmäßig nicht erfüllt sind.

## Immobilienrecht

### Vormerkung zugunsten eines noch zu benennenden Berechtigten

BGH, U.v. 29.06.2012 - V ZR 27/11

#### LEITSATZ

Die Bewilligung einer Vormerkung zugunsten eines von dritter Seite noch zu benennenden Berechtigten ist wirksam, sofern der Berechtigte im Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung bestimmungsgemäß benannt worden ist.

### Kenntnis des Käufers bei Vertragsschluss nach § 442 Abs. 1 BGB

BGH, U.v. 15.06.2012 - V ZR 198/11

#### LEITSATZ

1. Macht der Käufer das Angebot für einen Grundstückskaufvertrag, das von dem Verkäufer in getrennter Urkunde angenommen wird, kommt es für seine Kenntnis vom Mangel i.S.d. § 442 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht auf den Zeitpunkt der Annahme des Angebots, sondern auf den Zeitpunkt der Beurkundung des Angebots an.
2. Das gilt nicht, wenn der Käufer die Weiterleitung seines Angebots selbst hinausgezögert oder wenn er Veranlassung hatte, sich nach Möglichkeiten zu erkundigen, den Eintritt der Bindungswirkung seines Angebots zu verhindern, und rechtzeitig hätte entsprechend tätig werden können.

#### PRAXISHINWEIS

In dem entschiedenen Fall erhielten die Käufer erst nach Abgabe ihres notariell beurkundeten Kaufangebots, aber vor der Angebotsannahme durch die Verkäuferin Kenntnis von den am Gebäude sichtbar gewordenen Feuchtigkeitsschäden. Da die Mangelansprüche des Käufers gem. § 442 Abs.1 Satz 1 BGB ausgeschlossen sind, wenn er den Mangel „bei Vertragsschluss“ kennt, kam es darauf an, ob für den Ausschluss der Mangelansprüche die Kenntnis im Zeitpunkt der Angebotsabgabe oder im Zeitpunkt des Ver-

tragsschlusses maßgeblich ist. Der BGH stellt auf den Zeitpunkt der Abgabe des Angebots ab, bei einem notariell beurkundeten Angebot also auf den Zeitpunkt der Beurkundung. Bei zeitlich versetzter Annahme könne es nicht auf den Zeitpunkt der Angebotsannahme ankommen. Andernfalls sei der Käufer mit seinen Mangelansprüchen ausgeschlossen, obwohl er bei Abgabe der eigenen Vertragserklärung den Mangel nicht kannte. Dieses Ergebnis verfehle aber den Zweck des § 442 Abs.1 Satz 1 BGB.

### Haftung des vertiefenden Grundstückseigentümers nur gegenüber dem unmittelbaren Grundstücksnachbarn?

OLG Düsseldorf, U.v. 09.07.2012 - 9 U 138/11 (nicht rechtskräftig)

#### LEITSATZ

1. Ein verschuldensunabhängiger nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch entsprechend § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB besteht, wenn von einem Grundstück im Rahmen privatwirtschaftlicher Nutzung Einwirkungen auf ein anderes Grundstück ausgehen, die zwar rechtswidrig und nicht zu dulden sind, die der betroffene Eigentümer jedoch aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht unterbinden kann, und die dadurch entstehenden Nachteile das zumutbare Maß einer entschädigungslos hinzunehmenden Beeinträchtigung überschreiten.
2. Der Ausgleichsanspruch ist nicht auf die Fol-

#### MIETRECHTSNOVELLE

Am 04.02.2013 hat der Bundesrat das von der Bundesregierung vorgelegte Gesetz über die energetische Modernisierung von vermietetem Wohnraum ohne Änderungen verabschiedet. Wie im TSP-Newsletter 2-2012 berichtet, sind Mietminderungen bei energetischen Modernisierungen für einen Zeitraum von drei Monaten ausgeschlossen. Zudem wird das Räumungsverfahren effizienter und kostengünstiger gestaltet. Die Landesregierungen werden schließlich ermächtigt, Gemeinden zu bestimmen, in denen die Mieterhöhungen künftig nur noch 15 Prozent - und nicht mehr wie bisher 20 Prozent - innerhalb von drei Jahren betragen dürfen.

gen der Zuführung unwägbarer Stoffe beschränkt, sondern hat auch andere Störungen, insbesondere Schädigungen wegen einer unzulässigen Vertiefung und Erschütterungen (hier: durch Setzen einer Bohrpfahlwand), zum Gegenstand.

3. Anspruchsberechtigt sind nicht nur die unmittelbaren Nachbarn, sondern der Kreis derjenigen, die in einer räumlichen und zeitlichen Beziehung zum emittierenden Grundstück stehen (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 22.12.1953 - V ZR 175/52, BGHZ 12, 75).\*

### PRAXISHINWEIS

Der Abwehranspruch wegen unzulässiger Vertiefung gem. § 909 BGB steht nur dem unmittelbaren Grundstücksnachbarn zu. Soweit es aber um den Ausgleichsanspruch für die Folgen der Vertiefung geht, muss der vertiefende Eigentümer auch für Schäden an entfernteren Grundstücken einstehen, wobei es auf sein Verschulden nicht ankommt. Demgegenüber haften

Architekten und ausführende Unternehmer dem Nachbarn und dem Bauherrn wiederum nur bei Verschulden.

### Hammerschlags- und Leiterrecht

BGH, U.v. 14.12.2012 - V ZR 49/12

#### LEITSATZ

1. Die Anzeige der beabsichtigten Ausübung des Hammerschlags- und Leiterrechts muss Angaben zu dem voraussichtlichen Umfang der geplanten Arbeiten, zu deren Beginn und Dauer sowie zu Art und Umfang der Benutzung des Nachbargrundstücks enthalten.
2. Die Anzeige ist Voraussetzung für die Ausübung des Rechts, nicht für das Bestehen des Duldungsanspruchs.

Theißen Stollhoff & Partner  
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT



– INTERN –

#### ➤ Aktuelle Fachveröffentlichungen

Im Bundesanzeiger-Verlag ist aktuell das von TSP herausgegebene Fachbuch „Bauen im Bestand, Sanierung – Modernisierung – Umbau“ erschienen. (ISBN: 978-3-8462-0112-1). Der Rechtsleitfaden wendet sich an gewerbliche und öffentliche Auftraggeber, Wohnungsbaugesellschaften, Planungsbüros sowie Baujuristen. Die vergaberechtlichen, vertragsrechtlichen, honorarrechtlichen und urheberrechtlichen Besonderheiten bei der Sanierung von Bestandsbauten werden hierin praxisorientiert anhand zahlreicher Checklisten, Formulierungsbeispielen und Schaubildern erläutert.

#### ➤ Neue Inhouse-Seminare der Kanzlei

Das aktuelle Seminarangebot der Kanzlei wurde im ersten Quartal 2013 erweitert. Schulungsschwerpunkte in 2013 werden neben den laufenden aktuellen Seminaren zum Bau-, Architekten- und Vergaberecht die anstehende Novellierung der HOAI 2013 sein. Unser aktuelles Seminarangebot finden Sie unter [www.ts-law.de](http://www.ts-law.de).

#### ➤ Aktuelle Beratungsschwerpunkte der Kanzlei

TSP wurde im ersten Quartal 2013 mit der baubegleitenden Rechtsberatung für ein neues Großbauvorhaben beauftragt. Im Vergaberecht berät TSP gegenwärtig mehrere umfangreiche VOL/A und VOF-Vergaben sowie Beschaffungsvorgänge nach der SektVO. Für mehrere größere Bau-schadensfälle koordiniert die Kanzlei aktuell das Gewährleistungsmanagement und realisiert umfangreiche Mängelansprüche. Des Weiteren wurde TSP im ersten Quartal 2013 mit der Wert-haltigkeitsprüfung und Transaktionsberatung eines Immobilienankaufs beauftragt.

## — Auf einen Blick —

### Übersicht der wichtigsten Vergabevorschriften der einzelnen Bundesländer (Stand Januar 2013)

Bundesland	Vergabevorschriften (nicht abschließend)
<b>Berlin</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz vom 08.07.2010</li> <li>– Verwaltungsvorschrift Beschaffung und Umwelt vom 23.10.2012</li> </ul>
<b>Bremen</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Bremisches Gesetz zur Sicherung von Tariftreue, Sozialstandards und Wettbewerb bei öffentlicher Auftragsvergabe vom 24.11.2009</li> <li>– Bremische Vergabeverordnung vom 21.09.2010</li> </ul>
<b>Hamburg</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Hamburgisches Vergabegesetz vom 13.02.2006</li> <li>– Beschaffungsordnung vom 01.03.2009</li> <li>– Leitfaden für die Vergabe von Lieferungen und Leistungen außer Bauleistungen (August 2012)</li> </ul>
<b>Niedersachsen</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Niedersächsisches Landesvergabegesetz vom 15.12.2008</li> </ul>
<b>Rheinland-Pfalz</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Landesgesetz zur Gewährleistung von Tariftreue und Mindestentgelt bei öffentlichen Auftragsvergaben vom 01.12.2010</li> </ul>
<b>Saarland</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Saarländisches Vergabe- und Tariftreuegesetz vom 15.09.2010</li> </ul>
<b>Baden-Württemberg</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– derzeit kein Vergabegesetz</li> <li>– Beschaffungsanordnung (BAO) v. 17.12.2007</li> <li>– Vergabehandbuch des Bundes mit landesspezifischen Ergänzungen</li> <li>– Leitfadenfinder Umweltfreundliche Beschaffung</li> </ul>
<b>Bayern</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– derzeit kein Vergabegesetz</li> <li>– Vergabehandbücher für Bauleistungen (Stand 2012), für Lieferungen und Leistungen (Stand 2008) und für Freiberufliche Leistungen (Stand 2012)</li> </ul>
<b>Brandenburg</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Brandenburgisches Vergabegesetz vom 21.09.2011</li> <li>– Brandenburgische Vergabegesetz-Durchführungsverordnung vom 16.10.2012</li> </ul>
<b>Hessen</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Hessisches Vergabegesetz vom 17.12.2007</li> </ul>
<b>Mecklenburg-Vorpommern</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Vergabegesetz Mecklenburg-Vorpommern vom 07.07.2011, Stand 30.06.2012</li> </ul>
<b>Nordrhein-Westfalen</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen vom 10.01.2012</li> </ul>
<b>Sachsen</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Sächsisches Vergabegesetz vom 08.07.2002</li> <li>– Sächsische Vergabedurchführungsverordnung vom 17.12.2002</li> </ul>
<b>Sachsen-Anhalt</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– derzeit kein Vergabegesetz</li> <li>– Runderlass zur Einführung der VOL und VOB vom 08.12.2010</li> <li>– Runderlass zur Bewerbererklärung und Präqualifizierung vom 09.08.2006</li> </ul>
<b>Schleswig-Holstein</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Mittelstandsförderung- und Vergabegesetz vom 19.07.2011</li> <li>– Schleswig-Holsteinische Vergabeverordnung vom 03.11.2005</li> </ul>
<b>Thüringen</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Thüringer Vergabegesetz vom 18.04.2011</li> </ul>

## Aktuelle Publikationen von TSP Theißen Stollhoff & Partner Rechtsanwalts-gesellschaft



### Bauen im Bestand Sanierung - Modernisierung – Umbau Rechtsleitfaden für die Bau- und Immobilienwirtschaft

TSP Theißen Stollhoff & Partner (Hrsg.)  
**1. Auflage 2012**, 232 Seiten  
 ISBN 978-3-8462-0112-1  
 Bundesanzeiger Verlag / Fraunhofer IRB Verlag



### HOAI – Honorarordnung für Architekten und Ingenieure

Kommentar  
 Dr. Rolf Theißen, Dipl.-Ing. Johannes Ulrich Pöhlker, Günter Adrians  
**2. aktualisierte Auflage 2012**, 460 Seiten  
 ISBN 978-3-8293-1004-8  
 Kommunal- und Schul-Verlag



### Das neue Mediationsgesetz beim Planen + Bauen: Schnelleinstieg

Prof. Dr. Barbara Buschmann, Dr. Rolf Theißen  
**1. Auflage 2012**, 194 Seiten  
 ISBN 978-3-8073-0268-3  
 Rehm



### VOB/B – Bauvertragsabwicklung anhand von Musterformularen

Dr. Rolf Theißen  
**2. aktualisierte u. erweiterte Auflage 2011**, 268 Seiten  
 ISBN 978-3-8167-8531-6  
 Fraunhofer IRB Verlag