

# Newsletter

TSP Theißen Stollhoff & Partner mbB Rechtsanwaltsgesellschaft

Baurecht, Vergaberecht, Immobilienrecht, Architekten- und Ingenieurrecht

## Baurecht

### Ausnahmsweise Kostenvorschuss schon vor Abnahme

BGH, U.v. 19.01.2017 - VII ZR 193/15

#### LEITSATZ

1. Der Besteller kann Mängelrechte nach § 634 BGB grundsätzlich erst nach Abnahme des Werks mit Erfolg geltend machen.
2. Der Besteller kann berechtigt sein, Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 bis 4 BGB ohne Abnahme geltend zu machen, wenn er nicht mehr die (Nach-)Erfüllung des Vertrags verlangen kann und das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist. Allein das Verlangen eines Vorschusses für die Beseitigung eines Mangels im Wege der Selbstvornahme genügt dafür nicht. In diesem Fall entsteht ein Abrechnungsverhältnis dagegen, wenn der Besteller ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck bringt, unter keinen Umständen mehr mit dem Unternehmer, der ihm das Werk als fertiggestellt zur Abnahme angeboten hat, zusammenarbeiten zu wollen.

#### PRAXISHINWEIS

In dieser Entscheidung stellt der BGH klar, dass Mangelansprüche grundsätzlich erst nach erfolgter Abnahme geltend gemacht werden können. Bereits der Begriff "Nacherfüllung" in § 634 Nr. 1, § 635 BGB spreche dafür, dass die Rechte aus § 634 BGB erst nach der Herstellung zum Tragen kommen sollen, sodass erst nach Abnahme von "Nacherfüllung" gesprochen werden kann. Danach hat der Besteller bis zur Abnahme nur den Herstellungsanspruch und bei mangelhafter Leistung die allgemeinen Ansprüche nach Leistungsstörungsrecht.

Nicht dazu gehören der Minderungsanspruch gem. §§ 643 Nr. 3, 638 BGB und der Kostenvorschussanspruch gem. § 634 Nr. 2,

## Editorial

Mit dieser aktuellen Ausgabe unseres TSP-Newsletters erhalten Sie komprimierte Informationen zu wichtigen neuen Entscheidungen im Bau-, Immobilien- und Vergaberecht.

Hervorzuheben sind hier u.a. die Urteile des Bundesgerichtshofs zu Witterungseinflüssen sowie des Kammergerichts zur Berechnung der Entschädigung gemäß § 642 BGB. Weitere interessante Entscheidungen befassen sich mit architekten- und ingenieurrechtlichen Fragestellungen. Im Vergaberecht sind insbesondere die Entscheidungen des EuGH zur Inhouse-Vergabe zu beachten.

Die wesentlichen Änderungen des neuen Bauvertragsrechts ab 01.01.2018 finden Sie zusammengefasst in unserer Rubrik „Auf einen Blick“.

Wir wünschen Ihnen eine interessante Lektüre.

TSP Theißen Stollhoff & Partner mbB  
Rechtsanwaltsgesellschaft

#### Inhalt

<b>Aktuelles aus der Rechtsprechung</b>	1
<b>Nachrichten aus der Bau- und Immobilienwirtschaft</b>	
➤ BauGB-Novelle in Kraft getreten	3
➤ Gesetzesentwurf zur EU-weiten Elektronischen Signatur	5
➤ Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)	8
<b>TSP – Intern</b>	11
<b>Auf einen Blick</b>	
Wesentliche Änderungen des BGB ab 1. Januar 2018	12

#### Impressum

TSP Theißen Stollhoff & Partner mbB  
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 mbB  
AG Charlottenburg PR 431 B

§ 637 BGB. Diese Ansprüche kann der Besteller ausnahmsweise nur geltend machen, wenn er nicht mehr die Erfüllung des Vertrages verlangen kann. Dies ist - so der BGH - der Fall, wenn der Unternehmer jede weitere Leistung ernsthaft und endgültig verweigert und der Besteller den kleinen Schadensersatz statt der Leistung oder die Minderung des Werklohns beansprucht, wobei die Minderungserklärung die gleichzeitige Geltendmachung des kleinen Schadensersatzes nicht ausschließt.

Wenn der Besteller zum Ausdruck bringt, unter keinen Umständen mehr mit dem Unternehmer, der ihm das Werk als fertiggestellt zur Abnahme angeboten hat, zusammenarbeiten zu wollen, wenn er also endgültig und ernsthaft eine (Nach-)Erfüllung selbst für den Fall einer erfolglosen Selbstvornahme ablehnt, kann er ausnahmsweise auch den Kostenvorschuss geltend machen. Denn in diesem Fall kann er nicht mehr auf den (Nach-)Erfüllungsanspruch zurückgreifen. Demgegenüber genügt die bloße Geltendmachung eines Kostenvorschusses gem. § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 1, 3 BGB nicht, weil allein dadurch der Erfüllungsanspruch nicht erlischt. Damit ist dem Besteller zu empfehlen, eindeutig und endgültig die Zusammenarbeit mit dem Unternehmer zu verweigern, wenn er die Abnahme mangelbedingt verweigern, aber dennoch den Kostenvorschuss beanspruchen will.

### **Berechnung der Entschädigung gem. § 642 BGB**

KG, U.v. 10.01.2017 - 21 U 14/16

#### **LEITSATZ**

1. Der Kündigungstatbestand des § 6 Abs. 7 VOB/B benachteiligt den Unternehmer nicht unangemessen gemäß § 307 Abs. 1 BGB. Diese Bestimmung ist somit auch dann wirksam, wenn die VOB/B nicht als Ganzes in einen Bauvertrag einbezogen ist.
2. Einem Unternehmer steht eine Entschädigung gemäß § 642 BGB zu, wenn ihm durch den Annahmeverzug des Bestellers ein Vermögensnachteil entstanden ist. Hat der Unternehmer dies dargelegt, ist eine weitergehende "bauablaufbezogene Darstellung" der Bauarbeiten zur Anspruchs begründung nicht erforderlich.
3. Bemessungsgrundlage der Entschädigung nach § 642 BGB sind die dem Unternehmer entstandenen verzögerungsbedingten Mehrkosten.

Diese Kosten sind um einen Deckungsbeitrag für die Allgemeinen Geschäftskosten und einen Gewinnanteil zu erhöhen, soweit solche Zuschläge in der vereinbarten Vergütung enthalten waren (Abweichung von BGH, Urteil vom 21.10.1999 - VII ZR 185/98, BGHZ 143, 32 = IBRRS 2000, 217).

4. Die für die Ermittlung der Entschädigung maßgeblichen Preisbestandteile sind gemäß § 642 Abs. 2 BGB anhand der vereinbarten Vergütung zu ermitteln. Ausgangspunkt kann eine vom Unternehmer vorgelegte Kalkulation sein. Soweit diese nicht den tatsächlichen Verhältnissen entspricht - insbesondere weil sie in der Vergütung enthaltene Deckungsbeiträge und Gewinnanteile ausweist, die in Anbetracht des tatsächlichen Aufwands der Vertragsdurchführung nicht realistisch sind - ist sie in einem Rechtsstreit entsprechend zu korrigieren. Für die insoweit erforderlichen Feststellungen des Gerichts gilt § 287 Abs. 1 ZPO.

#### **PRAXISHINWEIS**

Der erste Bauabschnitt eines Bauvorhabens sollte verbindlich bis zum Ende der 50. KW 2008 fertiggestellt werden. Die Bauarbeiten verzögerten sich wegen der Insolvenz eines Rohbauunternehmens und wegen einer verspäteten Planung durch den Architekten des beklagten Bestellers. Die mit der Sprinkleranlage beauftragte Klägerin arbeitete bis zum Februar 2012 auf der Baustelle. Danach konnte sie keine weiteren Leistungen erbringen. Der Vertrag wurde daher von der Beklagten gekündigt. Die Klägerin beansprucht u.a. eine Vergütung für nicht erbrachte Leistungen sowie verzögerungsbedingte Mehrkosten wegen inzwischen erfolgter Lohnerhöhungen.

Zunächst stellt das Gericht fest, dass die auf § 6 Abs. 7 VOB/B gestützte Kündigung wirksam ist, weil die Vorschrift auch bei einer AGB-rechtlichen Einzelprüfung nicht zu einer unangemessenen Benachteiligung des Unternehmers führe. Damit kommt ein Schadensersatzanspruch hinsichtlich des entgangenen Gewinns wegen der nicht erbrachten Leistungen gem. § 6 Abs. 6 Satz 1 VOB/B nur bei vorsätzlicher oder grobfahrlässiger Pflichtverletzung in Betracht. Allein die Nichteinhaltung vertraglich vereinbarter Fertigstellungstermine beinhaltet aber keine Pflichtverletzung des Bestellers. Unabhängig vom Verschuldens-

\* Kein amtlicher Leitsatz

### **BAUGB-NOVELLE SEIT DEM 13.05.2017 IN KRAFT**

Das Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2014/52/EU im Städtebaurecht und zur Stärkung des neuen Zusammenhalts in der Stadt ist am 12.05.2017 im Bundesgesetzblatt (BGBl. Teil I Nr. 25, S. 1057 ff.) bekannt gemacht worden und seit dem 13.05.2017 in Kraft.

Gegenstand der BauGB-Novelle war die Umsetzung der EU-Richtlinie zu Änderungen über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten. Zusätzlich soll das Zusammenleben in Städten und Gemeinden gestärkt werden.

U.a. gibt § 4a Abs. 4 BauGB künftig vor, den Inhalt der ortsüblichen Bekanntmachung der Bauleitpläne und die auszulegenden Unterlagen auch in das Internet der Gemeinde einzustellen und über ein zentrales Internetportal des Landes zugänglich zu machen.

Mit dem Ziel der Nachverdichtung wurde ein neuer Gebietstyp, das "Urbane Gebiet" geschaffen (§ 6a BauNVO). Das "Urbane Gebiet" kommt primär für dicht besiedelte Großstädte in städtebaulichen Umbruchsituationen zur Anwendung.

Um den Sport auch in verdichteten Gebieten zu fördern, wurden durch Änderung der Sportanlagenlärmschutzverordnung (18. BImSchV) die zulässigen Immissionsrichtwerte am Tag in der Nähe von Sportplätzen erhöht.

§ 11 BauGB ("Städtebaulicher Vertrag) sieht vor, dass u. a. "Gegenstand eines städtebaulichen Vertrags der Erwerb angemessenen Wohnraums durch einkommensschwache und weniger begüterte Personen der örtlichen Bevölkerung" sein kann.

Ein neuer § 13b BauGB ermöglicht Städten und Gemeinden künftig ein beschleunigtes Verfahren zur Einbeziehung von Außenbereichsflächen für den Wohnungsbau. Gemeinden können Bebauungspläne mit einer Grundfläche bis zu einem Hektar für Wohnnutzung im beschleunigten Verfahren aufstellen. Die Grundstücke müssen an bebaute Ortsteile anschließen. Die neue Regel gilt bis Ende 2019.

Zur Klärung der baurechtlich offenen Rechtsfrage, ob in Wohngebieten Ferienwohnungen zulässig sind, werden schließlich Ferienwohnungen künftig mit nicht störenden Gewerbebetrieben und kleinen Beherbergungsbetrieben gleichgesetzt und in Wohngebieten als zulässig angesehen (§ 13a BauNVO). Den Ländern bleibt es unbenommen, nach den jeweiligen Zweckentfremdungsverbotsgesetzen i.V.m. den dazugehörigen Zweckentfremdungsverbotsverordnungen Verbote zu erlassen. In Berlin ist dies mit § 2 Abs. 1 Nr. 2 ZwVbG am 01.05.2014 erfolgt.

grad kann der Kläger daher keinen Schadensersatz hinsichtlich der nicht erbrachten Leistungen verlangen. Auch der Entschädigungsanspruch gem. § 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B i.V.m. § 642 BGB erfasst nur die durch den Mitwirkungsverzug verursachten Vermögensnachteile, nicht aber den entgangenen Gewinn hinsichtlich nicht erbrachter Leistungen. Im vorliegenden Fall hätte die Klägerin wegen der Unterbrechung den Beklagten in Annahmeverzug setzen und den Vertrag gem. § 9 Abs.1 Nr. VOB/B kündigen können. Damit hätte sie auch Ersatz des entgangenen Gewinns hinsichtlich der nicht ausgeführten Leistungen gem. § 9 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 VOB/B verlangen können.

Demgegenüber hält das Gericht den Anspruch wegen der erhöhten Lohnkosten gem. §§ 6 Abs. 6 Satz 2 VOB/B, 642 BGB für gegeben. Insofern

geht es um Mehrkosten, die durch den Mitwirkungsverzug auf der Seite des Beklagten entstanden sind. Maßgeblich sei die Differenz zwischen den Ist-Kosten und den hypothetischen Kosten ohne Annahmeverzug. Zu berücksichtigen seien außerdem Zuschläge für Gewinn und Allgemeine Geschäftskosten (AGK).

Die Entscheidung ist nicht rechtskräftig. Wegen der Frage, ob die Entschädigung gem. § 642 einen Gewinnanteil enthalten könne (Abweichung von BGH Urt.v.21.10.1999 VII ZR 185/98, BGHZ 143,32) und hinsichtlich der AGB-rechtlichen Einzelfallkontrolle des § 6 Nr. 7 VOB/B, wurde die Revision zugelassen.

### Sicherungsabrede

BGH, U.v. 30.03.2017 - VII ZR 170/16

#### LEITSATZ

Die von einem Auftraggeber in einem Bauvertrag gestellten Formulklauseln

*„Die Parteien vereinbaren - unabhängig von einer Ausführungsbürgschaft - den Einbehalt einer unverzinslichen Sicherheitsleistung durch den Auftraggeber in Höhe von 5 % der Brutto-Abrechnungssumme für die Sicherstellung der Gewährleistung einschließlich Schadensersatz und die Erstattung von Überzahlungen.*

*Der Auftragnehmer ist berechtigt, den Sicherheitseinbehalt gegen Vorlage einer unbefristeten, selbstschuldnerischen und unwiderruflichen Bürgschaft einer deutschen Großbank oder Versicherung abzulösen; frühestens jedoch nach vollständiger Beseitigung der im Abnahmeprotokoll festgestellten Mängel oder fehlender Leistungen.“*

sind bei der gebotenen Gesamtbeurteilung wegen unangemessener Benachteiligung des Auftragnehmers nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam (Fortführung von BGH, Urteil vom 13.11.2003 - VII ZR 57/02, BGHZ 157, 29 = IBR 2004, 67, 68).

#### PRAXISHINWEIS

Nach der Rechtsprechung ist eine Klausel über die Ablösung eines Sicherheitseinhalts in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers unwirksam, wenn die Ablösung zusätzlich davon abhängig gemacht wird, dass wesentliche Mängel nicht mehr vorhanden sind. Vorliegend bestand die Möglichkeit zur Ablösung des Einhalts durch Übergabe einer Bürgschaft frühestens nach vollständiger Beseitigung der im Abnahmeprotokoll festgestellten Mängel oder fehlenden Leistungen. Diese Einschränkung ist nach den Ausführungen des BGH weitreichend, weil die Frage, ob im Abnahmeprotokoll festgestellte Mängel beseitigt sind, Gegenstand langwieriger Kontroversen sein kann. Ein solcher Streit über die Beseitigung von im Abnahmeprotokoll festgestellten Mängeln kann zur Blockade der Ablösungsmöglichkeit führen, sodass es dann beim Sicherheitseinbehalt verbleibt und der Auftragnehmer für die Dauer der Gewährleistung das Bonitätsrisiko des Auftraggebers tragen muss und ihm die Liquidität sowie die Verzinsung des Werklohns vorenthalten werden. Diese Gründe führen dazu, dass die getroffene Regelung den

Auftragnehmer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt.

### Witterungseinflüsse keine Mitwirkungshandlung des AG

BGH, U.v. 20.04.2017 – VII ZR 194/13

#### LEITSATZ

Es ist vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen keine dem Auftraggeber obliegende erforderliche Mitwirkungshandlung im Sinne des § 642 BGB, während der Dauer des Herstellungsprozesses außergewöhnlich ungünstige Witterungseinflüsse auf das Baugrundstück in Form von Frost, Eis und Schnee, mit denen nicht gerechnet werden musste, abzuwehren.

#### PRAXISHINWEIS

Im Zuge der Errichtung einer Autobahnbrücke trat eine außergewöhnlich lange Periode mit Frost, Eis und Schnee ein, die deutlich über den Durchschnittswerten der vergangenen 30 Jahre lag. Der Auftragnehmer musste wegen dieser Witterungsbedingungen die Bauarbeiten einstellen und macht mit der Klage einen Anspruch für die witterungsbedingte Stillstandszeit geltend.

Der BGH lehnt einen Mehrvergütungsanspruch gemäß § 2 Abs. 5 oder Abs. 6 VOB/B ab, weil die Störung wegen der witterungsbedingten Behinderung nicht als Anordnung zu werten ist. Zu einem Entschädigungsanspruch gemäß § 642 BGB führt der BGH aus, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer das Baugrundstück in einer Weise zur Verfügung stellen muss, dass der Auftragnehmer die geschuldeten Leistungen erbringen kann. Dem Vertrag sei jedoch keine Regelung zu entnehmen, wonach es dem Auftraggeber oblag, für die Dauer des Herstellungsprozesses witterungsbedingte Einwirkungen auf das Baugrundstück abzuwehren. Auch handelte es sich bei Frost, Eis und Schnee um Umstände, die von keiner Partei beeinflusst werden können. Daher kann auf witterungsbedingte Umstände keine fehlende Mitwirkungshandlung des Auftraggebers gestützt werden, ohne dass insoweit eine vertragliche Regelung getroffen wurde. Wie der BGH weiter ausführt, ergibt sich weder aus dem Vertrag noch aus dem Gesetz eine allgemeine Risiko- zuweisung zu Lasten des Auftraggebers we-

### GESETZENTWURF ZUR EU-WEITEN ELEKTRONISCHEN SIGNATUR

Die Bundesregierung hat einen Entwurf eines Gesetzes zur Durchführung der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.07.2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG (eIDAS-Durchführungsgesetz, BT-Drs. 18/12494) vorgelegt. Damit sollen elektronische Signaturen einfacher verwendbar werden und in der gesamten Europäischen Union gültig sein.

Ziel ist es, sichere Transaktionen zwischen Unternehmen und öffentlichen Verwaltungen grenzüberschreitend in der gesamten Europäischen Union zu ermöglichen. Geregelt wird, wie elektronische Signaturen, elektronische Siegel und elektronische Zeitstempel bezogen und verwendet werden können. Verfahren hierfür sollen schneller und effizienter werden.

gen ungünstiger Witterungseinflüsse auf das zur Verfügung zu stellende Baugrundstück.

Ohne vertragliche Regelung begründen ungünstige Witterungsverhältnisse demnach keine Umstände, auf die eine fehlende Mitwirkungshandlung des Auftraggebers und demnach auf einen Anspruch gemäß § 642 BGB gestützt werden können.

### Abrechnung von Stundenlohnarbeiten im BGB-Bauvertrag

BGH, B.v. 05.01.2017 - VII ZR 184/14

#### LEITSATZ

Zur schlüssigen Begründung eines nach Zeitaufwand zu bemessenden Vergütungsanspruchs bedarf es grundsätzlich nur der Darlegung, wie viele Stunden der Auftragnehmer für die Vertragsleistung aufgewendet hat. Eine Differenzierung, welche Arbeitsstunden für welche Tätigkeiten und an welchen Tagen angefallen sind, ist regelmäßig nicht geschuldet. Es bedarf auch nicht der Vorlage von Stundennachweisen oder sonstigen Belegen zum Umfang der erbrachten Tätigkeiten.\*

### PRAXISHINWEIS

Der Beschluss des BGH betrifft die immer wieder streitige Frage der Abrechnung von Stundenlohnarbeiten und des insoweit durch den Auftragnehmer zu führenden Nachweises. Der BGH führt aus, dass der Auftragnehmer grundsätzlich nur darlegen muss, wie viele Stunden er für die Vertragsleistung aufgewendet hat. Demgegenüber ist keine Differenzierung vorzunehmen, welche Arbeitsstunden für welche Tätigkeiten und an welchen Tagen angefallen sind. Es bedarf insoweit auch nicht der Vorlage von Stundennachweisen oder sonstigen Belegen zum Umfang der erbrachten Tätigkeiten. Weiter führt der BGH aus, dass im Falle des Bestreitens durch den Auftraggeber, wonach die abgerechnete Leistung nicht erbracht worden sein soll, hierüber Beweis zu erheben ist. Dabei sei zu klären, ob die Arbeitsstunden für den vertraglich geschuldeten Erfolg aufgewendet wurden.

## Architektenrecht

### Baukostenobergrenze

BGH, U.v. 06.10.2016 - VII ZR 185/13

#### LEITSATZ

1. Hat der Architekt eine mit dem Auftraggeber vereinbarte Baukostenobergrenze nicht eingehalten, kann dem Auftraggeber ein Schadensersatzanspruch zustehen (Fortführung von BGH, Urteil vom 23.01.2003 - VII ZR 362/01, BauR 2003, 566 = NZBau 2003, 281 = IBR 2003, 203). Der auf die Nichteinhaltung einer solchen Obergrenze gestützte Schadensersatzanspruch führt dazu, dass der Architekt den sich aus der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure ergebenden Honoraranspruch auf der Grundlage der anrechenbaren Kosten gemäß § 10 HOAI 2002 insoweit nicht geltend machen kann, als dieser das Honorar überschreitet, welches sich ergäbe, wenn die anrechenbaren Kosten der vereinbarten Baukostenobergrenze entsprochen hätten (dolo-agit-Einwand, § 242 BGB).

2. Berufet sich der Auftraggeber auf eine Überschreitung einer vereinbarten Baukostenobergrenze, trägt er die Darlegungs- und Beweislast für die von ihm behauptete Beschaffenheitsvereinbarung.

### PRAXISHINWEIS

Die klagende Architektin verlangt von der Beklagten restliches Architektenhonorar. In den Vorinstanzen behauptete die Beklagte, es sei eine Baukostenobergrenze von 600.000 € vereinbart worden. Dies bestritt die Architektin, sie habe lediglich eine unverbindliche Kostenschätzung überreicht. Hierfür hielt das Berufungsgericht die Architektin nach § 632 Abs.2 BGB für beweispflichtig. Da sie diesen Beweis nicht erbracht habe, sei davon auszugehen, dass die Baukostenobergrenze - wie von der Beklagten behauptet – vereinbart worden sei. Der BGH widerspricht dieser Beweislastverteilung und stellt klar, dass umgekehrt der Auftraggeber die Darlegungs- und Beweislast für die von ihm behauptete Vereinbarung zur Baukostenobergrenze trägt, wenn diese Beschaffenheitsvereinbarung vom Architekten bestritten wird. Da das Berufungsgericht die Beweislast verkannt und verfahrensfehlerhaft von einer Beweiserhebung abgesehen habe, sei die Sache zur Neuverhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Unabhängig von der Frage der Beweislastverteilung stellt der BGH erneut fest, dass die Nichteinhaltung einer vertraglich vereinbarten Baukostenobergrenze einen Schadensersatzanspruch gem. §§ 634 Nr. 4, 280 BGB begründen könne, sodass der Architekt den Honoraranspruch insoweit nicht geltend machen könne, als dieser das Honorar überschreitet, das sich unter Berücksichtigung der anrechenbaren Kosten bei Einhaltung der Baukostenobergrenze errechnet hätte.

---

#### Selbstbeseitigungsrecht des Architekten

BGH, U.v. 16.02.2017 - VII ZR 242/13

#### LEITSATZ

Die von einem Architekten als Allgemeine Geschäftsbedingung gestellte Vertragsbestimmung in einem Architektenvertrag:

*"Wird der Architekt wegen eines Schadens am Bauwerk auf Schadensersatz in Geld in Anspruch genommen, kann er vom Bauherrn verlangen, dass ihm die Beseitigung des Schadens übertragen wird."*

ist wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 09.04.1981 - VII ZR 263/79, BauR 1981, 395).

### PRAXISHINWEIS

In Architektenverträgen finden sich vereinzelt Klauseln, die den Architekten berechtigen sollen, durch ihn verursachte Baumängel selbst zu beseitigen. Solche Klauseln sind nach Ansicht des BGH unwirksam, wenn sie vom Architekten bei Abschluss des Vertrages einseitig gestellt und zwischen den Parteien nicht individuell ausgehandelt werden.

Mit der Klausel wird insbesondere das dem Auftraggeber zustehende Wahlrecht eingeschränkt, ob er den Baumangel beseitigen oder ob er sich mit dem Schadensersatz in Höhe des infolge des Mangels der Architektenleistung eingetretenen Minderwerts des Bauwerks begnügen will. Möchte der Auftraggeber von einer Beseitigung der Mängel am Bauwerk absehen, wird ihm durch diese Vertragsklausel eine Beseitigung dieser Mängel durch den Architekten aufgedrängt. Die Klausel würde zudem auch dann Anwendung finden, wenn der Auftraggeber infolge der mangelhaften Leistung des Architekten das Vertrauen in dessen Leistungsfähigkeit und fachliche Kompetenz verloren hat und ihm eine Beseitigung der am Bauwerk eingetretenen Schäden durch den Architekten nicht zuzumuten ist. Die Klausel führt darüber hinaus nach Ansicht des BGH zu einer wesentlichen Verkürzung der dem Auftraggeber grundsätzlich zustehenden Entscheidungsbefugnis darüber, ob er den bereits beauftragten Bauunternehmer oder einen anderen Unternehmer mit der Beseitigung der am Bauwerk bestehenden Mängel beauftragen will. Hierin sieht der BGH ebenfalls eine unangemessene Benachteiligung des Auftraggebers im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, die zur Unwirksamkeit der Klausel führt.

---

#### Anrechenbare Kosten gemäß Kostenberechnung zur Haushaltsunterlage

BGH, B.v. 16.11.2016 - VII ZR 314/13

#### LEITSATZ

Vom Auftraggeber gestellte Allgemeine Geschäftsbedingungen, nach denen die anrechenbaren Kosten für Leistungen der Leistungsphasen 2 bis 4 gemäß der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure auf der Grundlage einer genehmigten Kostenberechnung zur Haushaltsunterlage Bau zu bestimmen sind, sind wegen

unangemessener Benachteiligung des Architekten unwirksam.

### PRAXISHINWEIS

Insbesondere in den Vertragsmustern der öffentlichen Hand finden sich häufig Regelungen, nach denen die anrechenbaren Kosten auf der Grundlage der genehmigten Kostenberechnung zur Haushaltsunterlage Bau zu bestimmen sind. Eine solche Klausel ist nach Ansicht des BGH unwirksam. Denn die vorliegende Klausel räumt dem Auftraggeber abweichend von den Vorgaben der HOAI einseitig das Recht ein, im Rahmen des für die Kostenberechnung vorgeschriebenen Genehmigungsverfahrens über die Höhe der der Honorarermittlung zugrunde zu legenden anrechenbaren Kosten und damit über die Höhe des Honorars einseitig zu entscheiden. Da Umfang und Grenzen dieses Rechts nicht festgelegt werden, stellt dies nach Ansicht des BGH eine unangemessene Benachteiligung des Architekten dar. Es kommt hierbei nicht darauf an, ob die Anwendung dieser Klausel im Einzelfall tatsächlich zu einer unzulässigen Mindestsatzunterschreitung führt.

diese Gebietskörperschaften verrichtet hat, bevor diese gemeinsame Kontrolle wirksam wurde.

### PRAXISHINWEIS

Eine italienische Stadt (Auftraggeber) vergibt Abfallbewirtschaftungsleistungen ohne Ausschreibung an ein Unternehmen (Auftragnehmer), dessen Anteile vollständig von mehreren Gemeinden, darunter auch dem Auftraggeber gehalten werden. Der Auftraggeber kam zuvor mit den anderen Gesellschaftern darüber ein, über den Auftragnehmer eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle auszuüben. Neben den Dienstleistungen für seine Gesellschafter erbringt der Auftragnehmer auch Leistungen für Gemeinden, die nicht an ihm beteiligt sind. Der EuGH konkretisiert in dieser Entscheidung seine nunmehr in Artikel 12 Abs. 1 – 3 Richtlinie 2014/24/EU geregelte Rechtsprechung zur In-House-Ausnahme. Danach unterfällt ein Auftrag nicht dem Vergaberecht, 1. wenn der Auftraggeber über die beauftragte Einrichtung eine Kontrolle, wie über seine eigenen Dienststelle ausübt (Kontrollkriterium) und 2. diese Einrichtung darüber hinaus ihre Tätigkeit im Wesentlichen zugunsten des öffentlichen Auftraggebers oder der öffentlichen Auftraggeber verrichtet, die ihre Anteile innehaben und sie kontrollieren (Wesentlichkeitskriterium). Der EuGH stellt klar, dass der Auftragnehmer durch seine Tätigkeit für Gebietskörperschaften, die nicht an ihm beteiligt sind, Leistungen für Dritte erbringt. Diese stehen dem Wesentlichkeitskriterium und damit einer vergaberechtsfreien In-House-Vergabe entgegen. Für eine solche Vergabe kommt der Auftragnehmer daher nur in Betracht, wenn seine Leistungen für die an ihm nicht beteiligten Dritten im Verhältnis zu den Leistungen für seine Gesellschafter rein nebensächlich sind. Ob dies der Fall ist, ist unter Beachtung aller qualitativen und quantitativen Umstände, insbesondere der Umsätze des Auftragnehmers mit Leistungen für seine ihn kontrollierenden Gesellschafter und die an ihm nicht beteiligten Dritten, zu bestimmen. Bei In-House-Vergaben ist das Wesentlichkeitskriterium strikt zu beachten. Für die Erfüllung dieses Kriteriums reicht es nicht nur, dass der Auftragnehmer für irgendwelche öffentlichen Auftraggeber tätig ist. Seine Auftragnehmer müssen vielmehr zu mindestens 80 % aus den Reihen seiner Gesellschafter kommen.

## Vergaberecht

### In-House-Vergabe I

EuGH, U.v. 08.12.2016 - Rs. C-553/15

#### LEITSATZ

1. Unter Heranziehung der Rechtsprechung des Gerichtshofs zur freihändigen Vergabe ("in-house") öffentlicher Aufträge sind bei der Beurteilung der Frage, ob das beauftragte Unternehmen seine Tätigkeit im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber verrichtet, solche Tätigkeiten nicht einzubeziehen, die das Unternehmen zugunsten von Gebietskörperschaften ausüben, die nicht an ihm beteiligt sind und keine Kontrolle über das Unternehmen ausüben; diese Tätigkeiten sind als Tätigkeiten zugunsten Dritter anzusehen.\*
2. Bei der Beurteilung der Frage, ob das beauftragte Unternehmen seine Tätigkeit im Wesentlichen für die Gebietskörperschaften verrichtet, die an ihm beteiligt sind und über das Unternehmen gemeinsam eine Kontrolle wie über ihre eigenen Dienststellen ausüben, sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, zu denen eine Tätigkeit gehören kann, die das Unternehmen für

## UNTERSCHWELLENVERGABEORDNUNG (UVGO)

Am 07.02.2017 ist die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) im Bundesanzeiger bekannt gemacht worden. Die UVgO soll für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen an die Stelle des früheren 1. Abschnitts der VOL/A treten und einen weitgehenden Gleichklang des Unterschwellenvergaberechts zur Vergabeordnung (VgV) im Oberschwellenbereich gewährleisten. Gleichzeitig soll dem höheren Erfordernis nach Flexibilität im Unterschwellenbereich durch angepasste Verfahrensvorschriften Rechnung getragen werden. Anders als noch im Diskussionsentwurf der UVgO vom 31.08.2016 vorgesehen, enthält die UVgO keine detaillierten Regelungen zur Vergabe freiberuflicher Leistungen. Hier bleibt es bei der bisherigen Rechtslage.

Mit der Bekanntmachung im Bundesanzeiger tritt die UVgO nicht als verbindliche Vergabeordnung in Kraft. Für die rechtliche Verbindlichkeit der UVgO bedarf es der Überarbeitung haushaltsrechtlicher Vorschriften auf Bundes- und Landesebene sowie in bestimmten Einzelfällen auch der Landesvergabegesetze. Dies ist bislang nicht geschehen. Derzeit wird als Einföhrungstermin auf Bundesebene der September 2017 erwartet. Die Einföhrung der UVgO auf Länderebene dürfte, wenn überhaupt, danach erfolgen.

### IN-HOUSE-VERGABE II

EuGH, U.v. 21.12.2016 - Rs. C-51/15

#### LEITSATZ

1. Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge ist dahin auszulegen, dass es sich bei einer Vereinbarung zwischen zwei Gebietskörperschaften, wie sie im Ausgangsverfahren in Rede steht und auf deren Grundlage diese eine Satzung über die Gründung eines Zweckverbandes - einer juristischen Person des öffentlichen Rechts - erlassen und dieser neuen öffentlichen Einrichtung Befugnisse zuweisen, die bisher diesen Körperschaften oblagen und fortan zu eigenen Aufgaben dieses Zweckverbandes werden, nicht um einen öffentlichen Auftrag handelt.\*

2. Eine solche die Erfüllung öffentlicher Aufgaben betreffende Kompetenzübertragung liegt jedoch nur vor, wenn die Übertragung sowohl die mit der übertragenen Kompetenz verbundenen Zuständigkeiten als auch die damit einhergehenden Befugnisse betrifft, sodass die neuerdings zuständige öffentliche Stelle über eine eigene Entscheidungsbefugnis und eine finanzielle Unabhängigkeit verfügt.\*

#### PRAXISHINWEIS

Der In-House-Vergabe und der interkommunalen Zusammenarbeit als Ausnahmen von der Anwendung des Vergaberechts – beide nunmehr im

Artikel 12 Abs. 1 – 3 Richtlinie 2014/24/EU geregelt - fügt der EuGH eine weitere Ausnahme hinzu: die vergaberechtsfreie Aufgabenübertragung. Im konkreten Fall gründeten mehrere Gebietskörperschaften einen Zweckverband und übertrugen diesen die Aufgaben eines Abfallentsorgungsträgers. Der EuGH sah in der Gründung dieses Zweckverbandes und der damit einhergehenden (öffentlichen) Aufgabenübertragung keinen dem Vergaberecht unterliegenden öffentlichen Auftrag, sondern einen vergaberechtsfreien Akt innerhalb der lokalen Selbstverwaltung, die dem Schutz des Artikels 4 Abs. 2 EUV unterfällt und vom Vergaberecht nicht erfasst wird. Bei einer Aufgabenübertragung fehlt es nach dem EuGH an der für den öffentlichen Auftrag erforderlichen „Entgeltlichkeit“ des Auftrags. Diese setzt voraus, dass der Auftraggeber ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse an der Erbringung einer bestimmten Aufgabe hat. Durch die Übertragung der Aufgabe entfällt aber gerade jegliches wirtschaftliche Interesse des Auftraggebers an der Erfüllung dieser Aufgabe, sodass eine Entgeltlichkeit nicht vorliegt. Diese bloße Aufgabenübertragung muss, um vom Vergaberecht ausgenommen werden zu können, allerdings bestimmte Anforderungen erfüllen: 1. Mit der Aufgabe müssen dem Empfänger auch die notwendigen Befugnisse zur Wahrnehmung dieser Aufgabe übertragen werden. 2. Der neue Aufgabenträger muss organisatorisch und finanziell unabhängig sein von den Stellen, die ihm die Aufgaben übertragen haben. Der Aufgabenträger kann sich allerdings ein gewisses Überwachungsrecht vorbehalten, sofern dabei jegliche

Einmischung in konkrete Modalitäten der Aufgabendurchführung ausgeschlossen ist.

---

### **Keine Pflicht zur Bekanntgabe von Zuschlagskriterien im Unterschwellenbereich**

BGH, B.v. 10.05.2016 - X ZR 66/15

#### **LEITSATZ**

Ist der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen, bedarf es im Unterschwellenbereich auch bei der Zulassung von Nebenangeboten nicht in jedem Fall der Festlegung von Kriterien zur Angebotswertung. Dies ist vielmehr nur dann der Fall, wenn ohne ausdrücklich formulierte Wertungskriterien das wirtschaftlichste Angebot nicht nach transparenten und willkürfreien Gesichtspunkten bestimmt werden kann.

#### **PRAXISHINWEIS**

Eine allgemeine Pflicht, Zuschlagskriterien im Bereich unterhalb der EU-Schwellenwerte festzulegen und bekanntzumachen besteht nach Auffassung des BGH nicht. Sachkundige Unternehmen können nach dessen Meinung nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalls und der Art des zu beschaffenden Gegenstandes regelmäßig objektiv bestimmen, welche der in § 16d Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 VOB/A 2016 beispielhaft aufgeführten Zuschlagskriterien für die jeweilige Ausschreibung maßgeblich sind und ihr Angebot darauf ausrichten. Eine Pflicht zur Aufstellung und Bekanntgabe von Zuschlagskriterien besteht nur, wenn nach Lage der Dinge, ohne festgelegte und bekanntgemachte Kriterien, das wirtschaftlichste Angebot nicht transparent und willkürfrei bestimmt werden kann. Ob die Zuschlagskriterien ausdrücklich aufgestellt und bekannt gemacht werden müssen, hängt damit insbesondere vom Gegenstand des ausgeschriebenen Auftrags und vom Detailgrad des jeweiligen Leistungsverzeichnisses ab. Der BGH räumt dem Auftraggeber damit einen weiten Spielraum in dieser Frage ein, in Rahmen dessen dieser allerdings auch leicht Gefahr läuft, gegen das Vergaberecht zu verstoßen, wenn er die vom BGH sprachlich recht weich formulierten Grenzen verkennt. Für eine rechtssichere Beschaffung sollten daher auch im Unterschwellenbereich Zuschlagskriterien unverändert vorab festgelegt und den Unternehmen bekannt gegeben werden.

### **EU-Vergabegrundsätze bei Aufträgen im Unterschwellenbereich?**

EuGH, U.v. 06.10.2016 - Rs. C-318/15

#### **LEITSATZ**

1. Auch Vergaben im Unterschwellenbereich unterliegen den Grundregeln und den allgemeinen Grundsätzen des AEU-Vertrags, insbesondere dem Transparenzgebot, sofern an diesen Aufträgen ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht.\*
2. Kriterien, die auf ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse hinweisen, können u.a. ein gewisses Volumen des fraglichen Auftrags in Verbindung mit dem Leistungsort, technischen Merkmalen des Auftrags oder Besonderheiten der betreffenden Waren sein.\*
3. Ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse kann nicht hypothetisch aus bestimmten Gegebenheiten abgeleitet werden, die - abstrakt betrachtet - für ein solches Interesse sprechen könnten, sondern muss sich positiv aus einer konkreten Beurteilung der Umstände des fraglichen Auftrags ergeben.\*

#### **PRAXISHINWEIS**

Die Vergabe von Aufträgen unterhalb der EU-Schwellenwerte unterliegt den Grundsätzen des AEU-Vertrages (v.a. Wettbewerb, Transparenz, Gleichbehandlung), wenn an dem Auftrag ein grenzüberschreitendes Interesse besteht. Das grenzüberschreitende Interesse wird dabei nicht hypothetisch aus bestimmten Umständen abgeleitet, die abstrakt für ein solches Interesse sprechen könnten. Es bedarf vielmehr einer Gesamtabwägung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalles, bei der insbesondere der Umfang des jeweiligen Auftrags, der Leistungsort des Auftrags (grenzüberschreitendes Interesse wahrscheinlicher bei Grenznähe des Leistungsortes), die technischen Merkmale des Auftrags und die Besonderheiten der jeweiligen Leistung wertend zu berücksichtigen sind, um so das grenzüberschreitende Interesse positiv festzustellen. Der Umstand, dass der Leistungsort 200 km von der Landesgrenze eines anderen EU-Mitgliedstaates entfernt liegt, begründet für sich genommen kein grenzüberschreitendes Interesse. Der EuGH betont in dieser Entscheidung vielmehr ausdrücklich die Notwendigkeit der Auseinandersetzung (des Auftraggebers) mit den jeweiligen Umständen des Einzelfalls in Form einer wertenden Gesamt-

abwägung aller Umstände an Stelle einer isolierten Betrachtung einzelner Aspekte und gibt dem Rechtsanwender geeignete Kriterien zur Ermittlung des grenzüberschreitenden Interesses.

### **Bekanntgabe der Bewertungsmethode?**

EuGH, U.v. 14.07.2016 - Rs. C-6/15

#### **LEITSATZ**

1. Art. 53 Abs. 2 Richtlinie 2004/18/EG ist im Licht des Grundsatzes der Gleichbehandlung und der daraus hervorgehenden Transparenzpflicht dahin auszulegen, dass der öffentliche Auftraggeber, wenn ein Dienstleistungsauftrag nach dem Kriterium des aus seiner Sicht wirtschaftlichsten Angebots vergeben werden soll, nicht verpflichtet ist, den potenziellen Bietern in der Auftragsbekanntmachung oder in den entsprechenden Verdingungsunterlagen die Bewertungsmethode, die er zur konkreten Bewertung und Einstufung der Angebote anwenden wird, zur Kenntnis zu bringen. Allerdings darf diese Methode keine Veränderung der Zuschlagskriterien oder ihrer Gewichtung bewirken.

2. Öffentliche Auftraggeber sind nicht verpflichtet, die Bewertungsmethode in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen anzugeben, wenn die Bewertungsmethode die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung nicht verändert.\*

3. Bewertungsmethoden dürfen grundsätzlich nicht nach der Öffnung der Angebote festgelegt werden. Eine nachträgliche Festlegung ist nur zulässig, wenn dem öffentlichen Auftraggeber die Festlegung vor der Angebotsöffnung aus nachweislichen Gründen nicht möglich war.\*

#### **PRAXISHINWEIS**

Öffentliche Auftraggeber müssen vor Beginn des Vergabeverfahrens oberhalb der Schwellenwerte Zuschlagskriterien festlegen und diese den am Auftrag interessierten Unternehmen in der Bekanntmachung oder den Ausschreibungsunterlagen mit ihrer jeweiligen Gewichtung mitteilen. Diese Kriterien sind für das gesamte Vergabeverfahren verbindlich und dürfen nicht nachträglich abgeändert werden. Daraus folgt allerdings keine Verpflichtung der öffentlichen Auftraggeber, den Unternehmen daneben auch die Bewertungsmethode bekanntzugeben, anhand der die eingegangenen Angebote in Bezug auf die festgelegten Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung be-

wertet werden. Eine solche Bekanntmachungspflicht ergibt sich weder aus den EU-Richtlinien (Entscheidung ist zwar zu Richtlinie 2004/18 EG ergangen, jedoch ist sie auf die aktuellen Vergaberichtlinien übertragbar) noch aus der Rechtsprechung des EuGH. Der EuGH betont vielmehr ausdrücklich, dass öffentliche Auftraggeber bei der Bewertung von Angeboten einen gewissen Freiraum genießen müssen, im Rahmen dessen sie - ohne die festgelegten Zuschlagskriterien zu verändern - frei sein müssen, die Angebotsprüfung zu strukturieren und auszurichten. Daraus folgt auch, dass öffentliche Auftraggeber die Möglichkeit haben müssen, die Bewertungsmethode den Umständen des jeweiligen Einzelfalls anzupassen. Dieser Freiraum des Auftraggebers darf allerdings nicht dazu führen, dass festgelegte und bekanntgemachte Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung nachträglich geändert werden. Darüber hinaus steht es öffentlichen Auftraggebern grundsätzlich nicht frei, ihre Bewertungsmethode erst nach Öffnung der Angebote (und damit in Ansehung ihres Inhalts) festzulegen. Eine solche nachträgliche Festlegung soll dem öffentlichen Auftraggeber nur möglich sein, wenn eine Festlegung vor der Angebotsöffnung nachweislich nicht möglich ist. Die Entscheidung betont den Beurteilungsspielraum des Auftraggebers. Ob die deutschen Nachprüfungsinstanzen dieser Position folgen werden, bleibt abzuwarten. Vor dem Hintergrund der restriktiven Auffassung einiger Nachprüfungsinstanzen sind allerdings Zweifel angebracht.

### **Ungewöhnlich niedriges Angebot**

BGH, B.v. 31.01.2017 - X ZB 10/16

#### **LEITSATZ**

1. Erscheint ein Angebotspreis aufgrund des signifikanten Abstands zum nächst günstigen Gebot oder ähnlicher Anhaltspunkte, wie etwa der augenfälligen Abweichung von preislichen Erfahrungswerten aus anderen Beschaffungsvorgängen, ungewöhnlich niedrig, können die Mitbewerber verlangen, dass die Vergabestelle in die vorgesehene nähere Prüfung der Preisbildung eintritt.\*

2. Wird für bereits vorliegende oder von der Vergabestelle zur Aufklärung des Preises nachgeforderte Informationen Schutz als Geschäftsgeheimnis begehrt, entscheidet die Vergabekammer zunächst in einem Zwischenverfahren

über deren Offenlegung. Für die Entscheidung, ob das Geheimhaltungs- oder das Offenlegungsinteresse überwiegt, ist eine Abwägung der beiderseitigen geschützten Interessen vorzunehmen.\*

3. Die Vergabekammer darf bei der Sachentscheidung Umstände berücksichtigen, deren Offenlegung sie mit Rücksicht auf ein Geheimhaltungsinteresse abgelehnt hat, das nach Abwägung aller Umstände das Interesse der Beteiligten auf rechtliches Gehör auch unter Beachtung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz überwiegt.\*

### PRAXISHINWEIS

Bieter im Vergabeverfahren haben nach Auffassung des BGH ein subjektives Recht darauf, dass öffentliche Auftraggeber vor der Zuschlagserteilung prüfen, ob das zu bezuschlagende Angebot im Vergabeverfahren unangemessen hoch oder niedrig ist. Vorschriften wie § 60 Abs. 1 VgV schützen nicht bloß den Auftraggeber vor wirtschaftlichen Risiken, die aus unzutreffend kalkulierten Angeboten folgen, sondern auch die am Wettbewerb beteiligten Bieter. Diese werden vor Wettbewerbsverzerrungen geschützt, die aus der

Konkurrenz durch unangemessen hohe oder niedrige Angebote folgen. Vorschriften wie § 60 Abs. 1 VgV sind damit eine besondere Ausprägung des Wettbewerbsgrundsatzes. Auf die Einhaltung dieses Grundsatzes haben alle Bieter uneingeschränkt Anspruch, sodass jeder Bieter vom Auftraggeber die Prüfung der eingegangenen Angebote auf unangemessen hohe oder niedrige Preise verlangen und diese Prüfung juristisch durchsetzen kann. Mit dieser Entscheidung stellt sich der BGH ausdrücklich gegen die bisher herrschende Meinung in der Rechtsprechung, die den Vorschriften wie dem § 60 Abs. 1 VgV eine primär auftraggeberschützende Funktion zuerkannte, die Bieter nur in Ausnahmefällen schützt (Fälle der nachgewiesenen Marktverdrängungsabsicht durch Dumping-Angebote). Es ist zu erwarten, dass die Angemessenheitsprüfung auf Grundlage der neuen Rechtsprechung des BGH eine prominentere Rolle in der Vergabepaxis spielen könnte. Öffentliche Auftraggeber sollten daher die Angemessenheitsprüfung mit einer höheren Akribie betreiben und dokumentieren.

Theißen Stollhoff & Partner mbB  
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT



– INTERN –

#### ➤ TSP – Aktuelle Beratungsschwerpunkte

TSP hat im ersten Halbjahr 2017 mehrere Immobilientransaktionen in zentraler Lage Berlins erfolgreich beraten. Im Vergaberecht wurden verschiedene EU-weite Ausschreibungen zu Liefer-, Bau- und Planerleistungen nach VgV und SektVO begleitet. In komplexen Bauschadensfällen wurden außergerichtliche und gerichtliche Mängelanspruchsrealisierungen durchgeführt.

#### ➤ TSP – Aktuelle Fachveröffentlichungen

Für öffentliche und gewerbliche Auftraggeber ist aktuell die 3. Auflage des Handbuchs „VOB/B-Bauvertragsabwicklung“ von Rechtsanwalt Dr. Theißen erschienen. Rechtsanwalt Dr. Stollhoff arbeitet derzeit an dem Ende 2017 erscheinenden Münchener Kommentar, Band 4 (Vergaberecht II), 2. Auflage. Im Bundesanzeiger Verlag wird in Kürze die von TSP herausgegebene Fachbuchveröffentlichung „Projektleitung und Bauherrenvertretung im Wohn- und Gewerbebau“ erscheinen.

#### ➤ TSP - Partner

LAW LINK The Global Law Group, deren Mitglied TSP ist, veranstaltete im Juni 2017 in Athen ihr internationales Jahrestreffen. TSP vertritt hier den Themenbereich „Immobilienrecht in Europa“.

## ———— Auf einen Blick ————

### Wesentliche Änderungen des BGB ab 1. Januar 2018

#### Allgemeine Vorschriften zum Werkvertrag

<b>§ 632a Abs.1 S. 1</b> Abschlagszahlungen	Abschlagszahlungen werden künftig nach der Höhe des Wertes der erbrachten Leistungen berechnet und nicht wie bisher nach dem Wertzuwachs, der auf der Seite des Bestellers eingetreten ist.
<b>§ 632a Abs.1 S. 2</b> Verweigerung von Abschlägen	Künftig kann der Besteller Abschlagszahlungen insgesamt nicht mehr verweigern, auch wenn an dem Bauwerk wesentliche Mängel bestehen. Er kann aber bei nicht vertragsgemäßer Leistung einen angemessenen Teil der Vergütung verweigern, und zwar unabhängig davon, ob die Mängel wesentlich oder unwesentlich sind.
<b>640 Abs.2</b> Abnahme	Die fiktive Abnahme tritt künftig erst ein, wenn der Besteller nach Fertigstellung des Werks nicht innerhalb der ihm gesetzten angemessenen Frist die Abnahme unter Angabe mindestens eines Mangels verweigert hat. Schweigen und Nichtbenennung des Mangels führen auch dann zur fiktiven Abnahme, wenn ein wesentlicher Mangel vorliegt.
<b>§ 648a</b> Kündigung	Die Kündigung aus wichtigem Grund wird in Anlehnung an § 314 BGB erstmalig ausdrücklich geregelt.

#### Bauvertrag

<b>§ 650a</b> Definition	Erstmalig wird der Bauvertrag in zwei Absätzen definiert.
<b>§ 650b Abs.1, 2</b> Vertragsänderung Anordnungsrecht des Bestellers	Der Besteller kann Anordnungen erteilen, wenn er eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (Zumutbarkeitsgrenze) verlangt, oder wenn eine Änderung zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist. Die Vertragsparteien sollen das Einvernehmen über die Änderung und die insofern zu leistende Mehr- oder Mindervergütung anstreben, der Unternehmer soll diesbezüglich ein Angebot erstellen. Wird keine Einigung erzielt, kann der Besteller die Änderung in Textform 30 Tage nach Zugang der Änderungsmitteilung anordnen.
<b>§ 650c</b> Vergütungsanpassung	Der anordnungsbedingte Vergütungsanspruch ist unter Berücksichtigung des vermehrten oder vermindernden Aufwandes nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für AGK, Wagnis und Gewinn zu ermitteln. War der Unternehmer zur Planung des Bauwerks oder der Außenanlage verpflichtet, steht ihm keine Vergütung für den Mehraufwand zu. Bei der Berechnung anzupassender Abschlagszahlungen kann der Unternehmer 80 % einer im Angebot enthaltenen Mehrvergütung ansetzen.
<b>§ 650d</b> Einstweilige Verfügung	Bei Streitigkeiten über die Vergütungsanpassung und das Anordnungsrecht, kann eine einstweilige Verfügung erlassen werden, ohne dass der Verfügungsgrund glaubhaft gemacht wird.
<b>§ 650g</b> Zustandsfeststellung bei verweigert Abnahme	Wenn der Besteller die Abnahme unter Angabe von Mängeln verweigert, hat er an einer gemeinsamen Zustandsfeststellung mitzuwirken. Der Unternehmer kann diese einseitig vornehmen, wenn der Besteller einem vereinbarten Termin zur Zustandsfeststellung fernbleibt, oder wenn hierfür vergeblich eine angemessene Frist gesetzt wurde.

#### Architekten- und Ingenieurvertrag

<b>§ 650p Abs.1</b> Definition	Verpflichtung zur Erbringung von Leistungen, die nach dem jeweiligen Stand der Planung und Ausführung des Bauwerks oder der Außenanlage erforderlich sind, um die vereinbarten Planungs- und Überwachungsziele zu erreichen.
<b>§ 650p Abs.2</b> Planungsgrundlage, Kostenschätzung	Zur Ermittlung nicht vereinbarter Planungs- und Überwachungsziele ist der Unternehmer verpflichtet, eine Planungsgrundlage nebst Kostenschätzung zu erstellen und zur Zustimmung vorzulegen.
<b>§ 650q Abs.1</b> Anordnungsrecht	Es gelten § 650 b für das Anordnungsrecht und für die insofern vorzunehmende Vergütungsanpassung die HOAI und § 650 c entsprechend, wenn keine Vereinbarung getroffen wird.
<b>§ 650q Abs.2</b> Vergütungsanpassung	
<b>§ 650r Abs.1</b> Sonderkündigungsrecht	Nach Vorlage der Unterlagen gem. § 650 p Abs.2 kann der Besteller innerhalb von 2 Wochen den Vertrag kündigen.
<b>§ 650r Abs.2</b> Verweigerung der Zustimmung	Der Unternehmer kann dem Besteller eine angemessene Frist für die Zustimmung gem. § 650 p Abs.2 setzen. Wird diese Frist nicht eingehalten oder die Zustimmung ausdrücklich verweigert, kann der Unternehmer den Vertrag kündigen.
<b>§ 650s</b> Teilabnahme	Beginnend mit der Abnahme der letzten Leistung des bauausführenden Unternehmers bzw. der bauausführenden Unternehmer kann der Unternehmer für seine bis dahin erbrachten Architekten- und Ingenieurleistungen eine Teilabnahme verlangen.
<b>§ 650t</b> Gesamtschuldnerische Haftung	Der wegen eines Überwachungsfehlers in Anspruch genommene Unternehmer kann die Leistung verweigern, wenn auch der ausführende Unternehmer für den Mangel haftet, solange dieser nicht erfolglos zur Nacherfüllung unter Fristsetzung aufgefordert wurde.