

# Newsletter

TSP Theißen Stollhoff & Partner mbB Rechtsanwaltsgesellschaft

Baurecht, Vergaberecht, Immobilienrecht, Architekten- und Ingenieurrecht

## Baurecht

### Entschädigungsanspruch gemäß § 642 BGB

BGH, U.v. 26.10.2017 - VII ZR 16/17

#### LEITSATZ

1. § 642 BGB gewährt dem Unternehmer eine angemessene Entschädigung dafür, dass er während der Dauer des Annahmeverzugs des Bestellers infolge Unterlassens einer diesem obliegenden Mitwirkungshandlung Personal, Geräte und Kapital, also die Produktionsmittel zur Herstellung der Werkleistung, bereithält.
2. Mehrkosten wie gestiegene Lohn- und Materialkosten, die zwar aufgrund des Annahmeverzugs des Bestellers, aber erst nach dessen Beendigung anfallen, nämlich bei Ausführung der verschobenen Werkleistung, sind vom Entschädigungsanspruch nach § 642 BGB nicht erfasst.
3. Bei dem Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB handelt es sich um einen verschuldensunabhängigen Anspruch eigener Art, auf den die Vorschriften zur Berechnung des Schadensersatzes (§§ 249 ff. BGB) nicht anwendbar sind.
4. Die Höhe eines Entschädigungsanspruchs aus § 642 Abs. 2 BGB bestimmt sich nach der Höhe der vereinbarten Vergütung und umfasst auch die in dieser Vergütung enthaltenen Anteile für Wagnis, Gewinn und allgemeine Geschäftskosten.

#### PRAXISHINWEIS

Der BGH urteilt in der Entscheidung vom 26.10.2017 zu einer praxisrelevanten Fragestellung eines Entschädigungsanspruchs gemäß § 642 BGB. Der Auftragnehmer machte in dem Streitgegenständlichen Fall eine Entschädigung gemäß § 642 BGB geltend, weil sich die Ausführung der Arbeiten aufgrund der Insolvenz eines Vorunternehmers sowie wegen verspäteter Planlieferungen des vom Auftraggeber beauftragten Architekten

#### Inhalt

<b>Aktuelles aus der Rechtsprechung</b>	<b>1</b>
<b>Nachrichten aus der Bau- und Immobilienwirtschaft</b>	
➤ Herbstbilanz im Bauhauptgewerbe	3
➤ Verordnung über die elektronische Rechnung	5
➤ Neue Schwellenwerte ab 01.01.2018	9
➤ Aktuelles zur Unterschwellenvergabeordnung	11
<b>TSP – Intern</b>	<b>14</b>
<b>Auf einen Blick</b>	
Die Baudokumentation	15

## Editorial

Zum Jahreswechsel überreichen wir Ihnen die aktuelle TSP-Newsletter-Ausgabe mit zahlreichen Rechtsprechungshinweisen und Nachrichten aus den Bereichen des Bau-, Architekten-, Vergabe- und Immobilienrechts.

Zum Entschädigungsanspruch gem. § 642 BGB ist insbesondere auf die nebenstehende Entscheidung des BGH vom 26.10.2017 hinzuweisen. Hiernach kann nur für den Zeitraum des Annahmeverzugs eine Entschädigung beansprucht werden.

In unserer Rubrik „Auf einen Blick“ finden Sie eine Übersicht zu einer möglichen Gliederung und zu den Inhalten einer geordneten Baudokumentation.

Eine interessante Lektüre, erholsame Weihnachtsfeiertage und alles Gute für das neue Jahr wünschen Ihnen

TSP Theißen Stollhoff & Partner mbB  
Rechtsanwaltsgesellschaft

#### 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

verzögerte. Der Auftragnehmer macht den Entschädigungsanspruch für Lohn- und Materialpreiserhöhungen während der verlängerten Ausführungszeit geltend.

Wie der BGH in seinem Urteil ausführt, kann der Unternehmer nach § 642 BGB keinen Ausgleich für gestiegene Lohn- und Materialkosten verlangen, die zwar aufgrund des Annahmeverzugs, jedoch erst nach dessen Beendigung anfallen. Maßgeblich für die Berechnung der Entschädigungshöhe ist nur die Dauer des Verzugs, nicht jedoch dessen Auswirkung auf den weiteren Bauablauf. Daher muss der Auftraggeber eine angemessene Entschädigung nach § 642 BGB für die Wartezeiten des Unternehmens zahlen und als Kompensation für die Bereithaltung von Personal, Geräte und Kapital. Mehrkosten, die dadurch anfallen, dass sich die Leistungserbringung aufgrund von Lohn- und Materialkostensteigerungen verteuern, weil sie wegen des Annahmeverzugs zu einem späteren Zeitpunkt ausgeführt werden, sind demgegenüber nicht Gegenstand einer Entschädigung gemäß § 642 BGB.

Bei streitigen Ansprüchen für Bauzeitverlängerung ist es Auftragnehmern daher zukünftig verwehrt, Mehrkosten, die infolge des Annahmeverzugs des Auftraggebers während der späteren Ausführung entstanden sind, auf Grundlage von § 642 BGB geltend zu machen.

In seiner Entscheidung vom 26.10.2017 stellt der BGH ferner ergänzend klar, dass ein Entschädigungsanspruch gemäß § 642 Abs. 2 BGB auch die in der vereinbarten Vergütung enthaltenen Anteile für Wagnis, Gewinn und allgemeine Geschäftskosten umfasst.

### **Streitige Nachtragsforderungen**

KG, U.v. 13.06.2017 - 21 U 24/15

#### **LEITSATZ**

1. Unterliegt ein Bauvertrag der VOB/B, ist eine teilweise Auftragsentziehung, die sich nicht auf einen in sich abgeschlossenen Teil der Leistung bezieht, gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B unwirksam. Je nach Auslegung der Kündigungserklärung im konkreten Einzelfall kann daraus nur die Unwirksamkeit der Beschränkung der Kündigung auf einen Leistungsteil folgen. Die nicht mit § 8 Abs. 3 Nr. 1 Satz 2 VOB/B konforme Teilkündigung ist dann als Gesamtkündigung zu verstehen.

2. Aus der Vorleistungspflicht des Unternehmers im Bauvertrag folgt der Grundsatz "Vertragsdurchführung geht vor Preisgewissheit". Der Unternehmer darf seine Leistung deshalb nicht allein aus dem Grund verweigern, dass ihm der Besteller einen umstrittenen Nachtrag nicht zubilligt. Ein Grund zur Leistungsverweigerung entsteht erst dann, wenn der Besteller in Verzug mit der Zahlung tatsächlich fälliger Abschlagszahlungen gerät, die allerdings auch für die Ausführung umstrittener Nachträge begründet werden können.

3. Legt ein Unternehmer die von der Kündigungsvergütung gemäß § 648a Abs. 5 oder § 649 BGB abzuziehenden ersparten Aufwendungen anhand einer Kalkulation des Vertrages dar, ist es unschädlich, wenn diese Kalkulation keinen Unternehmergewinn ausweist.

#### **PRAXISHINWEIS**

In dem zugrunde liegenden Fall stritten Auftraggeber und Auftragnehmer über einen zusätzlichen Vergütungsanspruch des Auftragnehmers für Nachtragsleistungen. Der Auftraggeber wies den Nachtrag zurück und forderte den Auftragnehmer auf, für die Montage der streitgegenständlichen Treppe einen Termin zu nennen. Nachdem der Auftragnehmer daraufhin mitteilte, die Treppen könnten ohne Anerkenntnis des Nachtrags am Folgetag nicht eingebaut werden, kündigte der Auftraggeber den Vertrag.

Das Kammergericht stellt in seinem Urteil klar, dass der Auftragnehmer allein aufgrund von Meinungsverschiedenheiten über die Vergütungshöhe nicht zur Einstellung seiner Leistungen berechtigt ist. Solange sich der Besteller nicht in Verzug mit der Zahlung fälliger Abschlagszahlungen befinde, habe die Vertragsdurchführung Vorrang vor der Preisgewissheit. Wenn der Auftragnehmer die Fortsetzung der Arbeiten davon abhängig mache, dass der Besteller zuvor eine zusätzliche Vergütung zusagt, verstoße er daher gegen seine Vorleistungspflicht aus dem Werkvertrag.

Wie das Kammergericht weiter ausführt, machte der Auftragnehmer die Vertragsdurchführung jedoch tatsächlich nicht von einer vorherigen Beauftragung abhängig. Der Auftragnehmer habe die Leistung lediglich für den Folgetag in Abrede gestellt, nicht aber generell. Deshalb war der Auf-

\* Kein amtlicher Leitsatz

traggeber nicht berechtigt, den Vertrag zu kündigen.

Der Auftraggeber hatte die Kündigung auf eine bestimmte Position des Vertrages beschränkt. Wie das Kammergericht dazu ausführt, kann die Beschränkung der Kündigung auf eine Position des Vertrages unwirksam sein, weil sie keinen abgeschlossenen Vertragsteil i.S.v. § 8 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B darstellt. Daraus folge jedoch nicht zwingend die Unwirksamkeit der Kündigung. Vielmehr sei diese möglicherweise als Gesamtkündigung des Vertrages auszulegen. Diese Frage konnte das Kammergericht offen lassen, weil der Auftraggeber, wie dargelegt, nicht zur Vertragskündigung aus wichtigem Grund berechtigt war.

---

### Klage auf § 648a BGB-Sicherheit

OLG Stuttgart, U.v. 26.06.2017 - 10 U 122/16

#### LEITSATZ

1. Ein Unternehmer hat aus § 648a BGB keinen Anspruch auf Sicherheit für Forderungen aus Bereicherungsrecht, Geschäftsführung ohne Auftrag oder § 2 Abs. 8 Nr. 2 Satz 2 VOB/B, weil in diesen Fällen eine auftragslose Leistung vorliegt, die einen Anspruch auf eine vertragliche Vergütung oder deren Surrogat nicht begründet.
2. Eine ursprünglich vertraglich nicht geschuldete, aber nachträglich anerkannte Leistung führt gemäß § 2 Abs. 8 Nr. 2 Satz 1 VOB/B zu einem nach § 648a BGB zu sichernden vertraglichen Vergütungsanspruch.
3. Im Rechtsstreit auf eine Sicherheit nach § 648a BGB genügt für die Vergütungshöhe ein schlüssiger Vortrag, während der Unternehmer auf das Bestreiten des Bestellers den vertraglichen Anspruchsgrund beweisen muss.

#### PRAXISHINWEIS

Der Auftragnehmer macht nach erteilter Abnahme und Schlussrechnungslegung gegenüber dem Auftraggeber klageweise einen Anspruch auf Sicherheit gemäß § 648a BGB in Höhe der offenen Schlussrechnungsforderung zzgl. 10 % für Nebenforderungen geltend. Die geforderte Sicherheitsleistung bezieht sich u.a. auf die Vergütung für Nachtragsleistungen, die teils sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach streitig sind. Das OLG Stuttgart hält in dem Urteil zunächst klarstellend fest, dass sicherbare Forderungen unstreitig vereinbarte Nachtragsaufträge sind.

### HERBSTBILANZ IM BAUHAUPTGEWERBE

Die Herbstbilanz im Bauhauptgewerbe fällt erwartungsgemäß positiv aus. Betriebe mit 20 und mehr Beschäftigten melden für die ersten neun Monate ein Umsatzplus von nominal 9,3 %. Der Auftragseingang legte von Januar bis September um nominal 5,4 % zu. Zudem erwarten 83 % der Unternehmen in den kommenden sechs Monaten eine günstigere oder zumindest gleichbleibende Geschäftslage.

Wie das Gericht weiter ausführt, will das Gesetz den Unternehmer schützen, der eine vertragliche Leistung erbringen muss und hierfür mit dem Besteller eine Vergütung vereinbart hat. Daher bestehe kein Anspruch auf Sicherheitsleistung für Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder gemäß § 2 Abs. 8 Nr. 2 Satz 2 VOB/B.

Zu den Nachtragsleistungen, die sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach zwischen den Vertragsparteien streitig sind, weist das OLG Stuttgart zunächst darauf hin, es sei höchststrichterlich noch nicht entschieden, ob bei einer Klage auf Sicherheit gemäß § 648a BGB die schlüssige Darlegung von Nachtragsvereinbarung und Mehrvergütungsanspruch ausreichend sei oder ob der Auftragnehmer dies beweisen müsse. Nach Auffassung des OLG Stuttgart reicht bei dem Grunde nach strittigen Nachtragsleistungen eine schlüssige Darlegung der Nachtragsforderung dem Grunde nach nicht aus. Sofern dem Grunde nach über die Berechtigung von Nachträgen Streit bestehe, könne es zu einem überhöhten Sicherheitsverlangen des Unternehmers kommen. Stelle der Unternehmer in die Berechnung der von ihm verlangten Sicherheit strittige Nachträge ein, müsse im Prozess über die Anspruchsberechtigung dem Grunde nach Beweis erhoben werden. Jede andere Betrachtung würde ohne rechtfertigenden Grund dem Unternehmer einen Missbrauch ermöglichen.

Ist im Prozess über eine Sicherheit nach § 648a BGB demgegenüber lediglich die Vergütungshöhe für Nachtragsleistungen streitig ist, reicht nach der Rechtsprechung des BGB eine schlüssige Darlegung zur Berechnung des Vergütungsanspruchs aus. Auch wenn der Auftraggeber diese Berechnung bestreitet, ist über die Höhe der streitigen Nachtragsvergütung im Prozess auf

Sicherheitsleistung daher kein Beweis zu erheben.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Fragestellung, ob der Unternehmer überhaupt für dem Grunde nach streitige Nachtragsleistungen einen Anspruch auf Sicherheitsleistung gemäß § 648a BGB geltend machen, höchstrichterlich ebenfalls nicht geklärt ist. Das Landgericht Berlin hat mit Urteil vom 19.01.2017 einen derartigen Anspruch abgelehnt, weil bei dem Grunde nach streitigen Nachtragsleistung keine „in Zusatzaufträgen vereinbarten und noch nicht gezahlte Vergütung“ im Sinne von § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB vorliege.

Es bleibt die höchstrichterliche Klärung der vorgenannten Fragestellungen abzuwarten. Bis zu einer Klärung besteht für einen Prozess auf Sicherheitsleistung gemäß § 648a BGB für dem Grunde nach streitige Nachtragsleistungen das Risiko, ob dieser Anspruch überhaupt durchgesetzt werden kann. Sofern der Auftragnehmer im Prozess den Anspruch dem Grunde nach beweisen muss, dürfte das Verfahren im Vergleich zu einer Zahlungsklage insgesamt kaum schneller sein und daher kein Vorteil durch eine Klage auf Sicherheit gemäß § 648a BGB bestehen.

---

### **Abruf einer VOB/C-Nebenleistung**

KG, U.v. 09.05.2017 - 21 U 97/15

#### **LEITSATZ**

1. Ist die VOB/C in einen Bauvertrag einbezogen, so stellt der Abruf einer dort als Nebenleistung bewerteten Leistung keine vergütungspflichtige Leistungsänderung dar, solange nicht die Auslegung des Vertrags in seiner Gesamtheit zweifelsfrei zu einem anderen Ergebnis führt.

2. Zur Auslegung eines Vertrages über die Errichtung einer Autobahnbrücke im Hinblick auf die Frage, ob der Unternehmer für das Herstellen der Gründung das Bohren unter Wasserauflast hätte einkalkulieren müssen.

#### **PRAXISHINWEIS**

Gegenstand der Vergütungsklage des Bauunternehmens sind Nachtragsforderungen u.a. für das Bohren unter Wasserauflast im Rahmen der beauftragten Errichtung von Bohrpfählen als Gründung für die Widerlager und die Pfeiler einer Brücke über eine Bundesautobahn. In den Ausschreibungsunterlagen wurde neben der Bezugnahme auf die VOB/B und VOB/C bereits darauf

hingewiesen, dass das Grundwasser im unteren Grundwasserhorizont des Baugrunds stark gespannt ist.

Das Kammergericht hat - wie schon die Vorinstanz - einen zusätzlichen Vergütungsanspruch des Bauunternehmens wegen des Herstellens der Bohrpfähle unter Wasserauflast abgelehnt. Zwar lag eine Anordnung des Auftraggebers vor, die Pfahlgründungen unter Wasserauflast herzustellen. Ein Anspruch auf zusätzliche Vergütung stünde dem Bauunternehmen aber nur dann zu, wenn es durch diese Anordnung gem. § 2 Abs. 5 oder Abs. 6 VOB/B zu einer geänderten oder zusätzlichen Leistung gegenüber dem ursprünglichen Vertragsinhalt verpflichtet worden wäre.

Eine solche Leistungsänderung lag nach Ansicht des Kammergerichts aber nicht vor. Für die Abgrenzung, welche Arbeiten von der vertraglich vereinbarten Leistung erfasst sind und welche Leistungen zusätzlich zu vergüten sind, kommt es auf den Inhalt der Leistungsbeschreibung an. Welche Leistungen durch die Leistungsbeschreibung erfasst sind, ist nach §§ 133, 157 BGB durch Auslegung der vertraglichen Vereinbarungen der Parteien zu ermitteln. Dabei ist das gesamte Vertragswerk zugrunde zu legen. Hierzu gehören auch die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (VOB/C), wenn die Parteien - wie hier - ihre Geltung oder die Geltung der VOB/B vereinbart haben.

Nach diesen Vorgaben war das Herstellen der Bohrpfähle unter Wasserauflast bereits aufgrund des ursprünglichen Vertragsinhalts ohne Aufpreis geschuldet. Dies ergibt sich - so das Kammergericht - zunächst aus den VOB/C, deren Geltung die Parteien ausdrücklich vereinbart haben. Zwar ist in der zur VOB/C gehörenden DIN 18301 - Bohrarbeiten - das Bohren unter Wasserauflast nicht ausdrücklich als Nebenleistung benannt. Nach Ansicht des Kammergerichts ergibt sich aber im Wege der Auslegung der DIN 18301, dass es sich bei dem Bohren unter Wasserauflast jedenfalls dann nicht um eine besondere Leistung handelt, wenn die Möglichkeit besteht, dass der Boden in das Bohrloch eintritt. Hieraus folgt, dass die Wasserauflast in diesem Fall nicht als besondere Leistung qualifiziert wird. Sie ist mithin Nebenleistung im Sinne der VOB/C und deshalb auch ohne besondere Erwähnung im Leistungsverzeichnis nicht gesondert zu vergüten.

Auch die Auslegung des Vertrages in seiner Gesamtheit führt nach Ansicht des Kammergerichts zu dem Ergebnis, dass das Bauunternehmen be-

**GESETZENTWURF ZUR EU-WEITEN  
VERORDNUNG ÜBER DIE ELEKTRONISCH  
RECHNUNGSSTELLUNG IM  
ÖFFENTLICHEN AUFTRAGSWESEN DES  
BUNDES**

Am 18.10.2017 ist im Bundesgesetzblatt die „Verordnung über die elektronische Rechnungsstellung im öffentlichen Auftragswesen des Bundes“ (E-Rechnungsverordnung ERechV) verkündet worden. Die Verordnung tritt ab dem 27.11.2018 für Bundesministerien und Verfassungsorgane in Kraft. Ab diesem Zeitpunkt werden die Behörden und Einrichtungen der Bundesverwaltung verpflichtet, elektronische Rechnungen zu akzeptieren. Die Verpflichtung zur Ausstellung elektronischer Rechnungen besteht jedoch erst ab dem 27.11.2020. Für alle übrigen Bundesstellen gelten die neuen Regelungen ab dem 27.11.2019.

reits bei Vertragsschluss das Bohren unter Wasserauflast einkalkulieren musste. Denn die Ausschreibungsunterlagen ließen erkennen, dass mit der Möglichkeit des Eintretens von Boden in das Bohrloch zu rechnen ist. In diesem Fall ist auch unabhängig von der ausdrücklichen Einbeziehung der VOB/C aus technischen Gründen ein Bohren unter Wasserauflast einzukalkulieren. Daher musste das Bauunternehmen als Fachunternehmen aus technischer Sicht mit dem Risiko des Grundwasser- und somit des Bodeneintritts rechnen.

### Offenlegungspflicht des Sachverständigen

BGH, B.v. 02.05.2017 - I ZB 1/16

#### LEITSATZ

1. Der Partei eines Schiedsverfahrens ist es regelmäßig nach § 1027 Satz 1 ZPO verwehrt, eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs durch das Schiedsgericht, die sie nicht unverzüglich gerügt hat, später geltend zu machen, wenn sie die Möglichkeit hatte, diese Verletzung unverzüglich zu rügen und zudem die Möglichkeit bestand, diese Verletzung zu heilen.
2. Hat eine Person, die zum Sachverständigen bestellt werden soll oder bestellt worden ist, nicht alle Umstände offen gelegt, die Zweifel an ihrer

Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit wecken können, entspricht das schiedsrichterliche Verfahren nicht den Bestimmungen der § 1049 Abs. 3, § 1036 Abs. 1 ZPO. Dieser Verfahrensverstoß hat sich in der Regel im Sinne von § 1059 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. d ZPO auf den Schiedsspruch ausgewirkt, wenn der Schiedsspruch auf dem Gutachten des Sachverständigen beruht und die vom Sachverständigen zu offenbarenden Gründe zu seiner Ablehnung ausgereicht hätten, weil sie berechnete Zweifel an seiner Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit aufkommen lassen (Aufgabe von BGH, Urteil vom 04.03.1999 - III ZR 72/98, BGHZ 141, 90, 95).

#### PRAXISHINWEIS

In einem Schiedsverfahren streiten die Partner eines Konsortiums über die Verantwortung für Schäden im Fußbodenbereich der in Auftrag gegebenen S-Bahn-Züge. Die Schiedsklägerin nimmt die Schiedsbeklagte wegen eines behaupteten Konstruktionsfehlers in Anspruch und verlangt insofern Ersatz der entstandenen Sanierungskosten. Der mit der Ermittlung der Schadensursache vom Schiedsgericht beauftragte Sachverständige ist bei der T-GmbH angestellt. Sein direkter Vorgesetzter dort war jahrelang bei der Schiedsklägerin beschäftigt, worauf er aber im Schiedsverfahren nicht hingewiesen hatte. Auf der Basis des Sachverständigengutachtens, wird die Schiedsbeklagte zur Zahlung von 5,8 Mio. verurteilt. Das OLG weist den Aufhebungsantrag der Schiedsbeklagten zurück und erklärt den Schiedsspruch für vollstreckbar. Dagegen richtet sich die beim BGH erhobene Rechtsbeschwerde der Schiedsbeklagten.

Im Ergebnis mit Erfolg: Nach Auffassung des BGH ist ein Schiedsspruch regelmäßig aufzuheben, wenn er auf dem Gutachten eines Sachverständigen beruht, der Umstände verschweigt, die wie hier Zweifel an seiner Unparteilichkeit aufkommen lassen. Dieser Ablehnungsgrund könne auch nach Erlass des Schiedsspruchs geltend gemacht werden, wenn die Parteien durch die Verletzung der Offenbarungspflicht daran gehindert waren, den Ablehnungsantrag bereits im Schiedsverfahren zu stellen. Seine frühere Rechtsprechung, wonach der Verstoß gegen die Offenbarungspflicht gegenüber den Prinzipien der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens abzuwägen sei, gibt der BGH ausdrücklich auf. Demgegenüber konnte sich die Schiedsbeklagte mit der ebenfalls geltend gemachten Verletzung

des rechtlichen Gehörs nicht mehr durchsetzen. Diese kann nach Auffassung des BGH nur im Schiedsverfahren selbst, aber nicht mehr nach dessen Beendigung geltend gemacht werden.

### **Festpreise**

BGH, U.v. 20.07.2017 - VII ZR 259/16

#### **LEITSATZ**

Die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers eines Einheitspreis-Bauvertrags enthaltene Klausel „Die dem Angebot des Auftragnehmers zu Grunde liegenden Preise sind grundsätzlich Festpreise und bleiben für die gesamte Vertragsdauer verbindlich.“ benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen und ist daher unwirksam.

#### **PRAXISHINWEIS**

Durch die vorstehende Klausel wird nach Auffassung des BGH dem Auftragnehmer sowohl das Preisrisiko für die gesamte Vertragsdauer übertragen als auch das Massenrisiko. Bei kundenfeindlichster Auslegung bedeutet das Wort „grundsätzlich“ „ausnahmslos“. Da die Vertragsklausel auch den Preisanpassungsanspruch des § 313 BGB tangiert, ist sie im Ergebnis gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Haben die Parteien die Geltung der VOB/B insgesamt vereinbart, muss laut BGH nunmehr auf die Regelung des § 2 Abs. 3 VOB/B zurückgegriffen werden. § 306 Abs. 2 BGB soll dem nicht entgegenstehen, obgleich die VOB/B keine gesetzliche Regelung darstellt, da nach Auffassung des BGH jedenfalls der Auftraggeber als Verwender der AGB-Klausel sich nicht auf die Unwirksamkeit einer von ihm gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingung berufen können soll.

## **Architektenrecht**

### **HOAI-Vertragsverletzungsverfahren**

OLG Naumburg, U.v. 13.04.2017 - 1 U 48/11

#### **LEITSATZ**

Ein Rechtsstreit ist nicht deshalb auszusetzen, weil die Europäische Kommission gegen die BRD ein Vertragsverletzungsverfahren betreffend der Vereinbarkeit des Preisrechts der HOAI mit der Dienstleistungsrichtlinie eingeleitet hat.\*

### **PRAXISHINWEIS**

Die Europäische Kommission hat wegen des Preisrechts der HOAI gegen die Bundesrepublik Deutschland ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet und hierzu auch den Europäischen Gerichtshof angerufen. Dem liegt der Vorwurf zugrunde, dass verschiedene Regelungen der HOAI, namentlich die Mindestpreisregelungen, gegen Art. 15 der Richtlinie 2006/123/EG (Dienstleistungsrichtlinie) verstießen. Demgegenüber hat die Bundesrepublik Deutschland eine Stellungnahme abgegeben, mit welcher sie die HOAI gegen die Bedenken der Kommission verteidigt. Vor dem Hintergrund dieses Sachverhaltes wird nun verschiedentlich versucht, vor bundesdeutschen Gerichten anhängige Honorarstreitigkeiten dadurch zu stoppen, dass die Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs angeregt wird. Das Oberlandesgericht Naumburg hat in dem vorstehenden Urteil zu Recht darauf hingewiesen, dass eine solche Anregung nicht aufzugreifen ist. Dies aus drei Gründen: Das OLG vertritt zum einen die Auffassung, dass das Preisrecht der HOAI EU-rechtskonform sei. Zum anderen hätte ein unterstellt klagestattgebendes Urteil des EuGH einen rein feststellenden Charakter; das heißt, es beschränkt sich darauf, die Verletzung des Unionsrechts zu bezeichnen. Die hieraus resultierenden Maßnahmen sind wiederum von dem zuständigen Organ des verurteilten Mitgliedsstaates zu ergreifen. Und schließlich spricht die Zukunftsgerichtetheit der (unterstellt erfolgenden) Feststellung einer Vertragsverletzung gegen eine Aussetzung. Das heißt, ein Mitgliedstaat hat lediglich für die Zukunft (weitere) Vertragsverletzungen zu unterbinden. Einen Einfluss auf zivilrechtliche Streitigkeiten für in der Vergangenheit begründete Honorarforderungen aus bereits geschlossenen Verträgen hätte eine solche Entscheidung des EuGH nicht.

### **Akquisitionsphase**

BGH, U.v. 16.03.2017 - VII ZR 35/14

#### **LEITSATZ**

Die akquisitorische Tätigkeit eines Architekten ohne vertragliche Bindung begründet einen Vergütungsanspruch nicht. Die vergütungsfreie akquisitorische Phase endet, sobald eine Vergütungsvereinbarung getroffen wird. Für die hiervon

erfassten Leistungen kann der Architekt grundsätzlich eine Vergütung nach den Mindestsätzen der HOAI (2002) verlangen, wenn und soweit seine Leistungen von den Leistungsbildern der HOAI (2002) erfasst sind.

### PRAXISHINWEIS

In der Praxis ein häufiges Problem ist die Abgrenzung zwischen der (vergütungsfreien) akquisitorischen Leistung eines Planers gegenüber der (vergütungspflichtigen) vertraglichen Leistung. Hierzu existiert eine umfängliche Judikatur. Reine Akquisition ist in der Regel anzunehmen, wenn ein vorvertragliches Stadium noch nicht überschritten ist. Erst wenn der Auftraggeber einen rechtsgeschäftlichen Bindungswillen zum Ausdruck bringt, tritt die Akquisitionsphase in eine vergütungspflichtige Vertragsphase (vgl. zum Ganzen auch Theißen/Reininghaus, Rechtsfragen der Technischen Ausrüstung, 2017, S. 9 f). Im vorliegenden Fall hatte die Vorinstanz einen Vertrag über eine „entgeltliche Akquisition“ konstruiert, auf den die HOAI keine Anwendung fände. Diesem Konstrukt hat der Bundesgerichtshof widersprochen. Eine etwaige vergütungsfreie akquisitorische Phase endet stets, sobald eine Vergütungsvereinbarung getroffen wird. Hierdurch hat der Auftraggeber seinen Rechtsbindungswillen deutlich zum Ausdruck gebracht. Dann gelten auch die Mindestsätze der HOAI. Derartige Abgrenzungsprobleme sollten in der Praxis vermieden werden. Dies geschieht dadurch, dass die Vertragsparteien ihren Willen - sei es Akquisition, sei es ein Vertragsschluss - schriftlich niederlegen.

### Unzureichende Bauüberwachung

OLG Brandenburg, U.v. 30.03.2017 - 12 U 71/16

#### LEITSATZ

1. Bei Abdichtungs- und Entwässerungsarbeiten handelt es sich um besonders gefahrträchtige Arbeiten, die in besonderer, gesteigerter Weise vom Architekten beobachtet und überprüft werden müssen.\*
2. Kommt es bei Abdichtungs- und Entwässerungsarbeiten zu Ausführungsmängeln, spricht bereits der Beweis des ersten Anscheins dafür, dass der Architekt seine Bauüberwachungspflicht verletzt hat. In einem solchen Fall ist es Sache des Architekten, den Beweis des ersten Anscheins dadurch auszuräumen, dass er seiner-

seits darlegt, was er oder sein Erfüllungsgehilfe an Überwachungsmaßnahmen geleistet hat.\*

3. Der Architekt, dem eine Verletzung seiner Überwachungspflicht vorgeworfen wird, hat demnach substantiiert darzulegen, welche Überwachungstätigkeit er durchgeführt hat, dass er in genügendem Maße seiner Pflicht zur Bauüberwachung nachgekommen ist und diesbezüglich ausreichende Überwachungsmaßnahmen geleistet hat.\*

4. Für eine ordnungsgemäße Mängelanzeige ist es ausreichend, wenn der Auftraggeber die jeweiligen Mangelerscheinungen (Symptome) hinreichend genau bezeichnet. Damit sind zugleich auch alle Ursachen für die bezeichneten Symptome erfasst. Dies gilt selbst dann, wenn die angegebenen Symptome des Mangels nur an einigen Stellen aufgetreten sind, während ihre Ursache und damit der Mangel des Werks das gesamte Gebäude erfasst.\*

5. Eine (weitere) Aufforderung zur Mängelbeseitigung ist entbehrlich, wenn der Auftragnehmer die Mängelbeseitigung eindeutig von der vorherigen Zahlung des Restwerklohns abhängig macht.\*

### PRAXISHINWEIS

Bei der Durchführung von Baumaßnahmen tritt durch die mangelhafte Ausführung von Entwässerungs- und Abdichtungsarbeiten Wasser ins Mauerwerk ein. Die Bauherrin nimmt den mit der Planung und Bauüberwachung beauftragten Architekten wegen der Mängelbeseitigungskosten als Gesamtschuldner neben dem vom Generalunternehmen (GU) beauftragten Nachunternehmer (NU) auf Schadensersatz in Anspruch.

Mit Erfolg: Das mit der Klage befasste OLG verweist darauf, dass Abdichtungs- und Entwässerungsarbeiten zu den besonders gefahrträchtigen Arbeiten gehören und vom Architekten in besonderer, gesteigerter Weise zu beobachten und zu überprüfen seien (BGH IBR 2001, 69; IBR 2000, 506). Bei Ausführungsmängeln im Zusammenhang mit derartigen Arbeiten sei davon auszugehen, dass der Architekt seine Überwachungspflicht schuldhaft verletzt habe und insofern hafte. Der Architekt könne sich nur entlasten, wenn er substantiiert darlegt, welche Überwachungsmaßnahmen er getroffen habe. Im vorliegenden Fall sei dies dem Architekten nicht gelungen. Der Architekt haftet damit als Gesamtschuldner neben dem ausführenden Unternehmen. Die Besonderheit des Falles lag darin, dass der beauftragte Generalunternehmer (GU) wegen der eigenen

Insolvenz seine Mangelansprüche gegenüber seinem Nachunternehmer (NU) an die Bauherrin abgetreten hatte. Damit entsteht nach Auffassung des OLG ein Gesamtschuldverhältnis zwischen dem in Anspruch genommen Architekten und dem NU, obwohl dieser nicht von der Bauherrin sondern vom GU beauftragt wurde.

gemessenem Verkehrsschutz. Im Ergebnis sei der streitgegenständliche Architektenvertrag daher wirksam.

### Vertragsschluss

BGH, U.v. 01.06.2017 - VII ZR 49/16

#### LEITSATZ

1. Die organschaftliche Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters einer bayerischen Gemeinde ist im Außenverhältnis allumfassend und unbeschränkt; infolgedessen wird die Gemeinde auch durch solche Rechtshandlungen des ersten Bürgermeisters berechtigt und verpflichtet, die dieser ohne die erforderliche Beschlussfassung des Gemeinderats vorgenommen hat (Bestätigung von BGH, IBR 2017, 166).
2. Etwaige Vergaberechtsverstöße haben auf die Wirksamkeit eines Architektenvertrags keinen Einfluss. Etwas anderes gilt, wenn der Bürgermeister sich in kollusivem Zusammenwirken mit dem Architekten bewusst über die Beschlüsse des Gemeinderats und das Vergaberecht hinweggesetzt hat.\*

#### PRAXISHINWEIS

Die klagende bayerische Marktgemeinde verlangt von der beklagten „gk G + K Generalplaner GmbH“ Rückzahlung des Architektenhonorars und beruft sich auf die Unwirksamkeit des Architektenvertrages. Dieser sei vom ersten Bürgermeister ohne die erforderliche Zustimmung des Gemeinderates unterzeichnet worden. Der BGH verweist auf eine insofern einschlägige Vorentscheidung des BGH (Urt. v. 18. November 2016 V ZR 266/14, WM 2017, 256), wonach die organschaftliche Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters einer bayrischen Gemeinde gem. Art. 38 Abs. 1 BayGO im Außenverhältnis allumfassend und unbeschränkt ist. Auch etwaige Verstöße gegen das Vergaberecht hätten keinen Einfluss auf die Wirksamkeit des Vertrages, solange sich nicht der vertragsschließende Bürgermeister bösgläubig im Zusammenwirken mit dem Vertragspartner bewusst über die Beschlüsse des Gemeinderats hinweggesetzt habe. Dies entspreche - so wie in anderen Bundesländern auch - dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit und an-

### Prüfbarkeit der Schlussrechnung

OLG Köln, U.v. 02.04.2015 - 24 U 175/14

#### LEITSATZ

1. Die fehlende Prüfbarkeit der Schlussrechnung hat der Auftraggeber binnen 30 bzw. 60 Tagen nach Zugang der Schlussrechnung zu rügen. Hat er die Prüfbarkeit der Schlussrechnung nicht gerügt, kann er sich nicht mehr auf die fehlende Prüfbarkeit berufen und die Schlusszahlung wird mit Ablauf von 30 bzw. 60 Tagen nach Zugang der Schlussrechnung fällig.\*
2. Die nicht rechtzeitige Rüge der Prüfbarkeit führt aber nicht dazu, dass der Auftraggeber mit Einwendungen gegen die inhaltliche Richtigkeit der Rechnung ausgeschlossen ist. Auch wenn der Einwand der fehlenden Prüfbarkeit ausgeschlossen ist, muss der Auftragnehmer seine Werklohnforderung im Prozess schlüssig darlegen.\*

## Vergaberecht

### Kommunale Wohnungsbaugesellschaft

OLG Brandenburg, B.v. 06.12.2016 - 6 Verg 4/16

#### LEITSATZ

1. Die Beurteilung, ob eine kommunale Wohnungsbaugesellschaft öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB a.F. (entspricht inhaltlich § 99 Nr. 2 GWB n.F.) ist, richtet sich nach funktionaler Betrachtung.
2. Der soziale Wohnungsbau und die soziale Wohnraumförderung stellen als Bestandteil der öffentlichen Daseinsvorsorge eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe dar.
3. In diesem Bereich tätige kommunale Wohnungsbaugesellschaften üben die im Allgemeininteresse liegende Aufgabe regelmäßig auch dann in nichtgewerblicher Art aus, wenn sie daneben in Gewinnerzielungsabsicht unter Marktbedingungen Wohnraum anbieten. Es entspricht dem typischen Bild heutiger kommunaler Wohnungsbaugesellschaften, dass sie die Aufgabe der sozialen Wohnraumförderung mit der Tätigkeit eines nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten agierenden



Wohnungsunternehmens verbinden. Das ändert nichts daran, dass die im Allgemeininteresse liegende besondere Aufgabe der sozialen Wohnraumförderung eine solche nichtgewerblicher Art ist.

### PRAXISHINWEIS

Nach Meinung des OLG Brandenburg sind im alleinigen Eigentum einer Gemeinde befindliche Wohnungsbaugesellschaften zur Anwendung des Vergaberechts verpflichtete öffentliche Auftraggeber nach § 98 Nr. 2 GWB a.F. (inhaltsgleich zum heutigen § 99 Nr. 2 GWB). Dem steht nicht entgegen, dass sie neben den Tätigkeiten im Bereich des sozialen Wohnungsbaus und der sozialen Wohnbauförderung auch die kommerzielle Vermarktung von Wohnraum betreiben. Solche Gesellschaften nehmen mit dem sozialen Wohnungsbau und der sozialen Wohnbauförderung regelmäßig im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nichtgewerblicher Art wahr. Ob solche Aufgaben durch die jeweilige kommunale Wohnungsbaugesellschaft tatsächlich erfüllt werden, wird nicht anhand des bei der Gründung festgelegten Gesellschaftszwecks bestimmt, sondern nach einer funktionalen Betrachtung der tatsächlichen Tätigkeit der Gesellschaft beurteilt. Entscheidend ist, ob die Gesellschaft in ihrer täglichen Arbeit objektiv im Allgemeininteresse liegende Aufgaben ausführt. Nicht erforderlich ist, dass sich die Gesellschaft ausschließlich mit im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben befasst. Es ist daher unschädlich, wenn die kommunale Wohnungsbaugesellschaft auch kommerzielle Aufgaben wahrnimmt (z.B. mit Gewinnerzielungsabsicht betriebene Vermarktung von Wohnraum). Es kommt auch nicht darauf an, welchen Anteil diese kommerziellen Aufgaben an der Gesamttätigkeit der kommunalen Gesellschaft haben, solange die im Allgemeininteresse liegende Aufgaben in der praktischen Arbeit der Gesellschaft nicht nur gänzlich untergeordneter Natur sind. Das OLG Brandenburg sieht aufgrund der auch kommerziellen Betätigung der kommunalen Wohnungsbaugesellschaft keine Gewerblichkeit der Aufgabenwahrnehmung. Es betont vielmehr, dass kommunale Wohnungsbaugesellschaften nach dem gegenwärtig typischen Bild regelmäßig Tätigkeiten der sozialen Wohnraumförderung mit den Tätigkeiten eines nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten agierenden Wohnungsbauunternehmens verbinden. Eine solche Verbindung ändert aber nichts daran, dass die kommunale

### EU-VERGABEN: NEUE SCHWELLENWERTE AB DEM 01.01.2018

Nach mehreren Pressenberichten wird die Europäische Kommission in Kürze die Schwellenwerte anpassen. Diese Schwellenwerte sollen mit Wirkung zum 01.01.2018 voraussichtlich wie folgt neu festgesetzt werden:

- Bauaufträge: ab € 5.548.000 (bisher € 5.225.000),
- Dienstleistungs- und Lieferaufträge: ab € 221.000 (bisher € 209.000) und
- Dienstleistungs- und Lieferaufträge im Sektorenbereich und im Bereich Verteidigung und Sicherheit: ab € 443.000 (bisher € 418.000).

Wohnungsbaugesellschaft mit der sozialen Wohnraumförderung Aufgaben im Allgemeininteresse wahrnimmt. Die in der Begründung dieser Entscheidung vom OLG Brandenburg dargestellten Grundsätze sind auf eine Vielzahl von kommunalen Wohnungsbaugesellschaften übertragbar. Künftig wird es daher schwer möglich sein, diese Gesellschaften als nicht dem Vergaberecht unterworfenen, privaten Auftraggeber anzusehen. Die kommunalen Wohnungsbaugesellschaften sollten daher noch stärker an der Implementierung des Vergaberechts in ihre Beschaffungspraxis arbeiten.

---

### Schwellenwertberechnung und Bereitstellung von Vergabeunterlagen bei zweistufigen Vergabeverfahren

OLG München, B.v. 13.03.2017 - Verg 15/16

#### LEITSATZ

1. Auch "äußerlich neutrale Hilfsgeschäfte" eines Sektorenauftraggebers (hier: der Bau eines Verwaltungsgebäudes) sind Sektorentätigkeiten und damit öffentliche Aufträge.\*
2. Es kann offenbleiben, ob für die Leistungen der Objektplanung, der Tragwerksplanung und der Planung der technischen Gebäudeausrüstung für ein einheitliches Bauvorhaben als gleichartige Leistungen anzusehen und für die Schwellenwertberechnung zu addieren sind. Jedenfalls dann, wenn der Auftraggeber in der Bekanntmachung ausführt, dass die Planungsleistungen als

Einheit zu betrachten und zu bewerten sind, ist eine Addition vorzunehmen.\*

3. Der Auftraggeber hat bereits in der Auftragsbekanntmachung oder Aufforderung zur Interessensbestätigung eine elektronische Adresse anzugeben, unter der die Vergabeunterlagen uneingeschränkt und vollständig abgerufen werden können. Das gilt auch für zweistufige Vergabeverfahren.\*

4. Vollständig abrufbar sind die Vergabeunterlagen dann, wenn über die Internetadresse in der Bekanntmachung sämtliche Vergabeunterlagen und nicht nur Teile derselben abgerufen werden können.\*

### PRAXISHINWEIS

Das OLG München befürwortet eine Zusammenrechnung von Leistungen der Objekt- und Fachplanung bei der Schwellenwertberechnung im Rahmen des § 2 Abs. 7 S. 2 SektVO (gleichlautend zum § 3 Abs. 7 S. 2 VgV), jedenfalls wenn der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen angibt, diese Leistungen als Einheit behandeln zu wollen. Darüber hinaus bekundet das OLG München - ohne dass es entscheidungserheblich wäre - Sympathie für die vor allem von der EU-Kommission vertretene Auffassung, nach der anhand einer wirtschaftlich-funktionalen Betrachtung Leistungen der Objekt- und Fachplanung bei der Schwellenwertberechnung stets zusammenzurechnen sind. Das OLG München zweifelt in der Entscheidung die unionsrechtliche Vereinbarkeit der gegenwärtig in der deutschen Rechtsprechung herrschenden Auffassung, dass diese Leistungen bei der Schwellenwertberechnung nicht zusammenzurechnen seien. Im Ergebnis lässt das OLG München die Frage aber offen, weil sie aufgrund der Festlegung des Auftraggebers im hiesigen Fall nicht entscheidungserheblich ist. Nicht offen lässt das OLG München allerdings die Frage, wann nach dem seit dem 18.04.2016 geltenden Vergaberecht bei zweistufigen Vergabeverfahren (z.B. nicht offenes Verfahren mit Teilnahmewettbewerb oder Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb) die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt elektronisch abrufbar bereitgestellt werden müssen. Nach Meinung des OLG München müssen auch bei solchen Vergabeverfahren alle Vergabeunterlagen bereits mit der Einleitung des Teilnahmewettbewerbs durch die Auftragsbekanntmachung zum Herunterladen bereitstehen. Dies jedenfalls so-

weit diese Unterlagen bei der Auftragsbekanntmachung in einer finalisierten Form vorliegen können. Zur Begründung führt es aus, dass die maßgeblichen vergaberechtlichen Bestimmungen nicht nach ein- oder zweistufigen Vergabeverfahren differenzieren, und dass für die Entscheidung eines Bewerbers für die Teilnahme an einem Verfahren von wesentlicher Bedeutung ist, sämtliche für den Zuschlag relevanten Kriterien so früh wie möglich zu kennen. Das OLG München stellt sich damit gegen die nach dem bisherigen Recht verbreitete Praxis, die Bereitstellung der Vergabeunterlagen in zweistufigen Vergabeverfahren so zu organisieren, dass mit der Auftragsbekanntmachung zunächst in einem ersten Schritt die Unterlagen für die Erstellung der Bewerbung und Prüfung der Eignung und in einem zweiten Schritt - im nachfolgenden Angebotsverfahren - die Unterlagen für die Angebotserstellung und Angebotsprüfung bereitgestellt werden. Offen ist allerdings, was das OLG München unter Vergabeunterlagen versteht, die bei Auftragsbekanntmachung „in einer finalisierten Form vorliegen können“. Vergabeunterlagen wie etwa ein vollständiger Vertragsentwurf können aber bei zweiteiligen Verfahren zum Zeitpunkt der Auftragsbekanntmachung oftmals nicht finalisiert vorliegen, denn Details dieser Unterlagen hängen gerade vom Verlauf des Teilnahmewettbewerbs bzw. der Verhandlungen im Rahmen der Angebotsphase eines Verhandlungsverfahrens ab. Die Entscheidung des OLG München ist in diesem Punkt somit nur scheinbar eindeutig. Darüber hinaus ist offen, ob sich auch andere Nachprüfungsinstanzen der Auffassung des OLG München anschließen werden. Auftraggeber sind vor diesem Hintergrund gehalten, die Entwicklung der Rechtsprechung in diesem Punkt im Blick zu behalten.

---

### Anfechtung der Zulassung eines Mitbewerbers

EuGH, B.v. 05.04.2017 - Rs. C-391/15

#### LEITSATZ

1. Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 Buchst. a und b der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21.12.1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge in der durch die Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2007 geän-

## UNTERSCHWELLENVERGABEORDNUNG FÜR VERGABEN DES BUNDES IN KRAFT

Nach der Reform der EU-weiten Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte wurde auch die Vergabe öffentlicher Aufträge auf nationaler Ebene unterhalb der EU-Schwellenwerte reformiert. Im Februar 2017 wurde die neue Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen im Bundesanzeiger bekannt gemacht. Das neue Regelwerk ersetzt die bisher geltende Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A Abschnitt 1). Für den Bund ist die UVgO durch die Änderung der Verwaltungsvorschriften zu § 55 der Bundeshaushaltsordnung bereits am 2. September 2017 in Kraft getreten. Die Länder werden ihre haushaltsrechtlichen Vorschriften zur Inkraftsetzung der UVgO in den kommenden Monaten anpassen. In Hamburg ist die UVgO seit dem 1. Oktober 2017 anzuwenden.

derden Fassung sind dahin auszulegen, dass sie in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens nationalen Rechtsvorschriften entgegenstehen, nach denen die Entscheidung, einen Bieter zum Vergabeverfahren zuzulassen, von der behauptet wird, sie verstoße gegen die Vorschriften des Unionsrechts im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen das nationale Recht, mit dem diese Vorschriften umgesetzt werden, nicht zu den vorbereitenden Handlungen eines öffentlichen Auftraggebers gehört, die mit einem selbständigen Rechtsbehelf bei einem Gericht angefochten werden können.

2. Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 Buchst. a und b der Richtlinie 89/665 in der durch die Richtlinie 2007/66 geänderten Fassung entfalten unmittelbare Wirkung.

### PRAXISHINWEIS

In einem nach spanischem Recht durchgeführten Vergabeverfahren zur Vergabe einer Baukonzession entschied der Auftraggeber, neben der bereits als Bieterin zugelassenen Bietergemeinschaft eine weitere Bietergemeinschaft zur Teilnahme am Vergabeverfahren zuzulassen. Gegen diese Zulassung wandte sich die bis dahin als alleinige Bieterin zugelassene Bietergemeinschaft. Der öffentliche Auftraggeber ist der Auffassung, die Zulassungsentscheidung sei lediglich ein das Vergabeverfahren vorbereitender Akt, der von Bietern nicht selbstständig angefochten werden könne. Mit dem EuGH ist diese Auffassung nicht haltbar, denn nach der Rechtsmittelrichtlinie ist jede Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers, die unter die unionsrechtlichen Vorschriften über das öffentliche Auftragswesen fällt und gegen diese verstoßen kann, der gerichtlichen Kontrolle unterstellt. Von dieser gerichtlichen Kontrolle sind damit allgemein alle Ent-

scheidungen des öffentlichen Auftraggebers im Vergabeverfahren erfasst, unabhängig vom Inhalt oder dem Zeitpunkt der Entscheidung. Eine solche justiziable Entscheidung ist auch die Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers, einen Bieter zur Teilnahme am Vergabeverfahren zuzulassen, denn es handelt sich hierbei nicht um eine vorbereitende/interne Handlung des Auftraggebers, sondern um eine Entscheidung im Vergabeverfahren mit Auswirkung auf die beteiligten Bieter. Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 lit. a) und b) der Richtlinie 89/665/EWG in der Fassung der Richtlinie 2007/66/EG (Rechtsmittelrichtlinie) ist nur gewährt, wenn die Zulassungsentscheidung noch während der Dauer des Vergabeverfahrens gerichtlich angefochten werden kann. Auch für das Vergaberecht in Deutschland ist durch diese Entscheidung des EuGH nochmals klargestellt, dass sämtliche Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers im Vergabeverfahren mit Außenwirkung für die Bieter der gerichtlichen Kontrolle unterliegen und diese Kontrolle noch während der Dauer des Vergabeverfahrens erfolgen können muss. Dadurch unterliegen insbesondere auch Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers über die Zulassung von Bietern im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb (vgl. § 3a EU Abs. 3 VOB/A) der uneingeschränkten juristischen Kontrolle durch die Vergabekammern. Diese Entscheidungen sind daher vom Auftraggeber mit großer Sorgfalt vorzubereiten, tragfähig, nachvollziehbar und sachlich zu begründen, um berechnete Nachprüfungsverfahren von in ihren Erfolgschancen beeinträchtigten Bewerbern ausschließen zu können.

## Eignungsleihe

EuGH, U.v. 04.05.2017 - Rs. C-387/14

### LEITSATZ

2. Art. 44 Richtlinie 2004/18/EG ist in Verbindung mit Art. 48 Abs. 2 Buchst. a dieser Richtlinie und dem in ihrem Art. 2 aufgestellten Grundsatz der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer dahin auszulegen, dass er es einem Wirtschaftsteilnehmer in dem Fall, dass der öffentliche Auftraggeber der Auffassung ist, dass ein bestimmter Auftrag unteilbar und somit von einem einzigen Wirtschaftsteilnehmer durchzuführen ist, nicht ermöglicht, sich im Sinne von Art. 48 Abs. 3 der Richtlinie auf die Kapazitäten eines anderen Unternehmens zu berufen, indem das Wissen und die Erfahrungen der beiden Unternehmen, die jeweils für sich nicht über die Kapazitäten für die Ausführung des betreffenden Auftrags verfügen, summiert werden, und dass ein solcher Ausschluss der Möglichkeit, sich auf die Erfahrungen mehrerer Wirtschaftsteilnehmer zu berufen, mit dem Gegenstand des betreffenden Auftrags, der somit von einem einzigen Wirtschaftsteilnehmer durchzuführen ist, zusammenhängt und ihm angemessen ist.

3. Art. 44 Richtlinie 2004/18/EG ist in Verbindung mit Art. 48 Abs. 2 Buchst. a dieser Richtlinie und dem in ihrem Art. 2 aufgestellten Grundsatz der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer dahin auszulegen, dass er es einem Wirtschaftsteilnehmer, der als Einzelner an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags teilnimmt, nicht ermöglicht, die Erfahrung einer Gemeinschaft von Unternehmen geltend zu machen, an der er im Rahmen eines anderen öffentlichen Auftrags beteiligt war, wenn er sich nicht tatsächlich und konkret an dessen Ausführung beteiligt hat. (...)

5. Art. 44 Richtlinie 2004/18/EG ist in Verbindung mit Art. 48 Abs. 2 Buchst. a dieser Richtlinie sowie dem in ihrem Art. 2 aufgestellten Grundsatz der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer dahin auszulegen, dass er es einem Wirtschaftsteilnehmer ermöglicht, Erfahrung geltend zu machen, indem er sich auf zwei oder mehr Verträge zusammen als einen Auftrag beruft, es sei denn, der öffentliche Auftraggeber hat eine solche Möglichkeit aufgrund von Anforderungen ausgeschlossen, die mit dem Gegenstand und den Zielen des betreffenden öffentlichen Auftrags zusammenhängen und diesen angemessen sind.

## PRAXISHINWEIS

Anlässlich eines Vorabentscheidungsverfahrens zu einem nach polnischem Recht durchgeführten Vergabeverfahren legt der EuGH Leitlinien für eine diskriminierungsfreie und den Prinzipien der Gleichbehandlung und Transparenz verpflichtete Eignungsprüfung fest, die - obwohl zur Richtlinie 2004/18/ ergangen - auch für die Anwendung der neuen Vergaberichtlinien und der darauf beruhenden nationalen Rechtsakte - hier insbesondere GWB, VgV und die VOB/A - von Bedeutung sind. Der EuGH behandelt in seiner Entscheidung insbesondere folgende Themenkomplexe:

Zu entscheiden war zunächst, ob es mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz vereinbar ist, wenn Bieter sich bei einem Auftrag, der nach den Vorgaben des Auftraggebers unteilbar ist und von einem Bieter alleine durchgeführt werden muss, auf die Kapazitäten eines anderen Unternehmens beruft. Grundsätzlich steht es Bietern frei, sich durch die Eignungsleihe erforderliche Kapazitäten anderer Unternehmen zu verschaffen. Dies gilt nach Auffassung des EuGH nicht schrankenlos. Insbesondere dann nicht, wenn Arbeiten aufgrund ihrer Besonderheit bestimmte Kapazitäten erfordern, die sich durch die Zusammenfassung kleinerer Kapazitäten mehrerer Bieter nicht erlangen lassen. In einem solchen Fall muss der öffentliche Auftraggeber die Eignungsleihe einschränken können, jedoch nur soweit diese Einschränkung angemessen ist und mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängt. In einem solchen Fall haben Bieter alle Kapazitäten im eigenen Betrieb nachweisen.

Ebenfalls zum Gleichbehandlungsprinzip erörterte der EuGH, ob es Bietern möglich sein soll, sich auf einen Referenzauftrag zum Nachweis ihrer Eignung zu berufen, bei dem sie Mitglied einer Bietergemeinschaft und der späteren auftragsausführenden Arbeitsgemeinschaft waren, aber an der eigentlichen Ausführung des Auftrags nicht mitgearbeitet haben. Der EuGH betont, dass für die Auswahl eines Bieters seine technische und berufliche Erfahrung von wesentlicher Bedeutung ist. Diese Erfahrung kann ein Bieter allerdings nur sammeln, wenn er sich nicht nur formal an einem Konsortium beteiligt, sondern auch tatsächlich selbst unmittelbar an der Auftragsausführung mitarbeitet. Anknüpfungspunkt für die Eignung ist damit immer nur die konkrete eigene Auftragsausführung und kein bloßes „Dabeisein“.

Schließlich war vom EuGH zu entscheiden, ob es mit dem Gleichbehandlungsprinzip vereinbar ist, wenn Bieter sich zum Nachweis der Eignung auf mehrere Referenzaufträge berufen, die nur in ihrer Gesamtheit das ausgeschriebene Leistungsspektrum erfassen, alleine jedoch nur Teilbereiche der ausgeschriebenen Leistung abbilden. Mit dem EuGH ist ein solches Vorgehen nicht zu beanstanden, wenn der Auftraggeber dies nicht ausdrücklich in seinen Ausschreibungsunterlagen in angemessener und im Zusammenhang mit dem Leistungsgegenstand stehende Weise ausschließt.

Der EuGH beschränkt sich in dieser Entscheidung auf die Fortbildung und Detaillierung der bestehenden Rechtsprechung und trägt damit zu einer sichereren Handhabung des Vergaberechts im Bereich der Eignungsprüfung und der besonderen Problematik der Eignungsleihe bei. Die Entscheidung sollte daher sowohl von öffentlichen Auftraggebern bei der Erstellung von Ausschreibungsunterlagen als auch von Bietern/Bewerbern bei der Beteiligung an solchen Ausschreibungen sorgfältig studiert und berücksichtigt werden.

---

### **Fehlende Fabrikatsangaben**

VK Westfalen, B.v. 09.06.2017 - VK 1-12/17

#### **LEITSATZ**

1. Leistungsbezogene Unterlagen i.S.v. § 56 Abs. 2 Satz 1 HS. 2, Abs. 3 Satz 1 VgV sind nur solche, die den Inhalt der angebotenen Leistung belegen.

2. Lässt das Angebot eines Bieters offen, um welchen Hersteller es sich beim angebotenen Produkt handelt, wurde aber die Angabe des Herstellers vom öffentlichen Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung gefordert, liegt in der nachträglichen Benennung eines Herstellers nicht bloß ein Beleg des Inhalts der angebotenen Leistung, sondern vielmehr eine erstmalige Festlegung auf einen konkreten Hersteller und damit auf ein Produkt. Dies wird von § 56 Abs. 2 S. 1 VgV nicht gestattet.

#### **PRAXISHINWEIS**

Im Rahmen einer IT-Hardware-Ausschreibung waren von den Bietern - nach Auslegung der Leistungsbeschreibung - Angaben zum Hersteller und Modell des von den Angeboten umfassten Fabrikats zu machen. Das Angebot des Antrag-

stellers enthielt gleichwohl keine diesbezüglichen Angaben. Nach Auffassung der VK Westfalen ist das Angebot daher zwingend wegen Änderung der Ausschreibungsunterlagen von der Wertung auszuschließen. Die Benennung des Herstellers und des Modells des angebotenen Fabrikats ist von elementarer Bedeutung für den abzuschließenden Vertrag. Nur durch diese Angaben wird der öffentliche Auftraggeber in die Lage versetzt, zu prüfen, ob das Angebot den Vorgaben der Leistungsbeschreibung entspricht. Ohne diese Angaben bleibt offen, welche Leistungen angeboten werden, sodass das Angebot nahezu inhaltsleer ist. Im Ergebnis liegt ohne die erforderliche Angabe des Herstellers und des Modells gar kein zuschlagsfähiges Angebot vor. Das Angebot kann auch nicht durch eine Nachforderung der Hersteller- und Modellangabe nach § 56 Abs. 2 Satz 1, 2. HS VgV zuschlagsfähig gemacht werden. Die Nachforderung nach dieser Vorschrift ist ausgeschlossen, denn diese gestattet nur die Nachforderung von solchen leistungsbezogenen Unterlagen, die den Inhalt der angebotenen Leistung nachträglich belegen. Die Vorschrift gestattet keine Nachforderung von Unterlagen, die die angebotene Leistung erstmalig festlegen. Die Nachforderung ist darüber hinaus auch aufgrund des § 56 Abs. 3 Satz 1 VgV ausgeschlossen. Der Hersteller und das Modell des angebotenen Fabrikats haben auf die Wirtschaftlichkeitsbewertung des Angebots anhand der Zuschlagskriterien wesentlichen Einfluss. Eine Nachforderung solcher Angaben würde - in vergaberechtlich unzulässiger Weise - eine nachträgliche Änderung des Angebotsinhalts ermöglichen. Die Ausführung der VK Westfalen gelten auch für die im Wesentlichen gleiche Rechtslage nach §§ 13 Abs. 1 Nr. 5, 16 Nr. 2 EU und § 16a EU VOB/A. Ob die Angabe von Fabrikaten nachgefordert werden können oder ob Angebote ohne diese Angaben zwingend ausgeschlossen werden müssen, ist gegenwärtig nicht höchstrichterlich entschieden. Oberlandesgerichte wie das OLG Dresden und mit ihm eine Reihe von Vergabekammern sprechen sich für eine Nachforderungsmöglichkeit aus. Vor dem Hintergrund der Risiken dieser divergierenden Rechtsprechung müssen Bieter die Ausschreibungsunterlagen genauestens studieren, erforderliche Herstellerangaben identifizieren und die geforderten Angaben eintragen. Taktische Überlegungen und eine Geheimhaltung der Hersteller und Fabrikate sind - zumindest in diesem Punkt - vergaberechtlich nicht ratsam.

---

## Immobilienrecht

### Grenzüberschreitende Wärmedämmung

BGH, U.v. 02.06.2017 - V ZR 196/16

#### LEITSATZ

1. Die Duldungspflicht nach § 16a Abs. 1 NachbG Bln gilt nicht für eine die Grundstücksgrenze überschreitende Wärmedämmung einer Grenz- wand, mit der der benachbarte Grundstückseigentümer erstmals die Anforderungen der bei der Errichtung des Gebäudes bereits geltenden Energieeinsparverordnung (hier: EnEV 2001) erfüllt.
2. Es bleibt offen, ob § 16a Abs. 1 NachbG Bln verfassungsgemäß ist.

#### PRAXISHINWEIS

Der BGH vertritt die Auffassung, dass der Berliner Landesgesetzgeber Grundstückseigentümern nicht generell und ausnahmslos gestatten wollte, eine Wärmedämmung grenzüberschreitend im Wege des Überbaus anzubringen. Gesetzgeberisches Ziel sei es vielmehr gewesen, energetische Sanierungen von Altbauten zu erleichtern, welche regelmäßig bei Gebäuden, welche auf der Grundstücksgrenze stehen, durch Verweigerung der notwendigen Zustimmung des Nachbarn erschwert wurden. Anders als bei Altbauten besteht für die Wärmedämmung von Neubauten nach dem Gesetzgebungszweck kein Regelungsbe-

dürfnis. Im Gegenteil soll die Duldungspflicht nur bei Bestandsbauten gelten, da den Wärme- schutzanforderungen bei Neubauten durch eine entsprechende Planung Rechnung getragen werden könne. Neubauten sind daher grundsätz- lich so zu planen, dass sich die Wärmedämmung in den Grenzen des eigenen Grundstücks befin- det.

### Kein Aufwendungsersatz in Erwartung des Vertragsabschlusses

BGH, U.v. 13.10.2017 - V ZR 11/17

#### LEITSATZ

1. Es stellt keine besonders schwer wiegende Treuepflichtverletzung des (potentiellen) Verkäufers eines Grundstücks dar, wenn er - bei wahrheitsgemäßer Erklärung seiner Abschlussberei- tchaft - dem Kaufinteressenten nicht offenbart, dass er sich vorbehält, den Kaufpreis zu erhöhen. Eine Haftung wegen Verschuldens bei Vertrags- verhandlungen scheidet deshalb aus.
2. Der (potentielle) Verkäufer haftet auch dann nicht auf Schadensersatz, wenn er zu einem Zeitpunkt Abstand von dem Abschluss eines Grundstückskaufvertrages nimmt, zu dem er weiß, dass der Kaufinteressent im Vertrauen auf das Zustandekommen des Vertrags bereits einen Finanzierungsvertrag abgeschlossen hat.

Theißen Stollhoff & Partner mbB  
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT



– INTERN –

#### ➤ TSP – Aktuelle Beratungsschwerpunkte

TSP berät im *Bau- und Immobilienrecht* gegenwärtig sowohl in Berlin als auch bundesweit verschiedene Vorhaben im Wohnungs- und Gewerbenneubau. Hier wird ein breites Spektrum des juristischen Beratungs- und Serviceangebots der Kanzlei nachgefragt: Dieses reicht von der Erstellung der Grundlagenverträge umfänglicher Neubauprojekte bis hin zur Lösung komplexer Bauschadensfälle. Im *Vergaberecht* wurden verschiedene EU-weite Ausschreibungen zu Liefer-, Bau- und Planerleistungen nach VgV und SektVO erfolgreich begleitet.

#### ➤ TSP – Aktuelle Fachveröffentlichungen

Im Bundesanzeigerverlag ist aktuell erschienen der von TSP herausgegebene Band „*Projektleitung und Bauherrenvertretung im Wohn- und Gewerbebau*“. Zu weiteren Fachveröffentlichungen siehe auch Seite 16 dieses Newsletters.

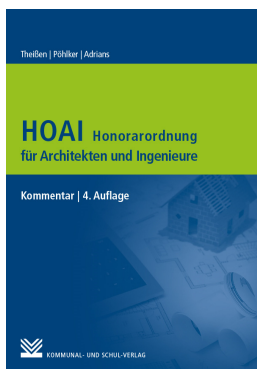
## Auf einen Blick

### Die Baudokumentation

Die Dokumentation des gesamten Vergabe-, Planungs- und Baugeschehens ist von hoher praktischer Bedeutung. Berechtigte Ansprüche können effektiver durchgesetzt bzw. unberechtigte Ansprüche besser abgewehrt werden, wenn eine aussagekräftige Baudokumentation vorliegt. Unter einer Baudokumentation versteht man eine geordnete Unterlage, z.B. mit folgender Gliederung und folgenden Inhalten:

1. Allgemeines	Projektdaten, Kontaktdaten aller Planungs- und Baubeteiligten
2. Entscheidungen der zuständigen Gremien	Protokolle und Beschlüsse
3. Bauprogramm, Planungsvorgaben, Bedarfsplanung (DIN 18205)	Art, Ort und Umfang der Maßnahme, Rahmenbedingungen und Kostenrahmen, Machbarkeitsstudien, Bedarfsplanung und -ermittlungen, Raum- und Funktionsprogramme, Standortanalysen, Bestandsaufnahme, Wirtschaftlichkeits- und Folgekostenberechnungen etc.
4. Ggfs. Wettbewerbsunterlagen	Wettbewerbsbeiträge, Protokolle
5. Architekten-, Ingenieur- und Gutachterleistungen (jeweils getrennt nach den Planern und Gutachtern)	Vergabeverfahren, Vertragsunterlagen, Versicherungsnachweise, Nachträge, Abnahmeprotokolle, Bautagebücher, Honorarrechnungen, Schriftverkehr, Gutachten
6. Objekt- und Fachplanungen	Grundlagenermittlung, Vorplanungen nebst Kostenschätzung, Entwurfsplanungen nebst Kostenberechnung, Ausführungsplanungen, Kostenfeststellung, Kostenvergleiche
7. Genehmigungsverfahren	Anträge einschließlich Pläne und Berechnungen, Bescheide, Nachweise, Bescheinigungen, Prüfberichte, Schriftverkehr mit der Genehmigungsbehörde
8. Ausführungsunterlagen des Auftraggebers	Ausführungsunterlagen, Geländeaufnahmen, Absteckungen und Verkehrssicherungspläne
9. Protokolle	Jour-Fixe, interne Besprechungen, Vermerke
10. Einzelgewerke (jeweils getrennt)	Ausschreibungs- und Vertragsunterlagen, Werkunterlagen, Baustelleneinrichtungspläne, Verkehrssicherungspläne, Bauzeitenpläne, Geräte- und Mitarbeiterverzeichnis, Bautagebücher, Nachträge, Abnahmeprotokolle, Fachunternehmererklärungen, Prüfzeugnisse und Zulassungen, geprüfte Aufmaße, Stundenlohnzettel, Wiegescheine, geprüfte Abschlags- und Schlussrechnungen, besondere Abrechnungsvereinbarungen (Skonto, Vertragsstrafen, Zinsen etc.), Mängelbeseitigungsdokumentation, Sicherheiten, sonstige Korrespondenz (Aufforderungen, Fristsetzungen, Kündigungen etc.)
11. Objektdokumentation/ Bestandsunterlagen	Bestandspläne, Gewährleistungsverzeichnisse, Revisions- und Wartungsunterlagen, Bedienungsanleitungen
12. Sicherheiten	Aufstellung der vorhandenen Sicherheiten, Kopien der Bürgschaften
13. Versicherungen	Antragsunterlagen, Versicherungsscheine, Nachträge, Abrechnungen, Korrespondenz
14. Fördermittel	Antragsunterlagen, Bescheide, Verwendungsnachweise, Korrespondenz
15. Muster / Proben	Materialien, Produktbeschreibungen, Entscheidungen
16. Sonstige Vorgänge und sonstiger Schriftverkehr	Presseberichte, Fotos etc.

# Aktuelle Fachbücher von TSP:



## HOAI - Honorarordnung für Architekten und Ingenieure

Kommentar

**Dr. Rolf Theißen**, Dipl.-Ing. Johannes Ulrich Pöhlker, Günter Adrians

4., neubearbeitete Auflage 2017, 500 Seiten

ISBN 978-3-8293-1279-0

Kommunal- und Schul-Verlag



## Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht Band 4: Vergaberecht II

Prof. Dr. Dr. Dres. h.c. Franz Jürgen Säcker (Hrsg.)

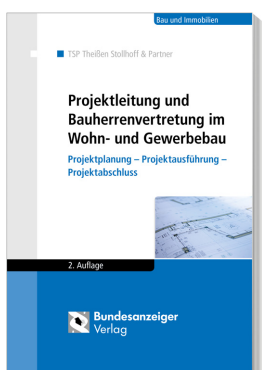
Bearbeitet u.a. von **Dr. Frank Stollhoff**

(§§ 12 - 15 VOB/A, §§ 12 EU - 15 EU VOB/A, §§ 12 VS - 15 VS VOB/A)

2. Auflage 2018, ca. 1.000 Seiten

ISBN 978-3-406-68574-3

C.H.BECK



## Projektleitung und Bauherrenvertretung im Wohn- und Gewerbebau

Projektplanung - Projektausführung - Projektabschluss

**TSP Theißen Stollhoff & Partner mbB** (Hrsg.)

2. Auflage 2017, 418 Seiten

ISBN 978-3-8462-0242-5

Bundesanzeiger Verlag



## VOB/B - Bauvertragsabwicklung anhand von Musterformularen

**Dr. Rolf Theißen**

3. überarbeitete Auflage 2017, 268 Seiten

ISBN 978-3-8167-9884-2

Fraunhofer IRB Verlag