

Newsletter

TSP Theißen Stollhoff & Partner mbB Rechtsanwaltsgesellschaft

Baurecht, Vergaberecht, Immobilienrecht, Architekten- und Ingenieurrecht

Baurecht

Vertragsschluss bei verzögerter Vergabe in einem öffentlichen Vergabeverfahren über Bauleistungen

BGH, U.v. 03.07.2020 - VII ZR 144/19

LEITSATZ

Enthält das Zuschlagsschreiben wegen der Verzögerung des Vergabeverfahrens eine neue Bauzeit und bringt der Auftraggeber darin eindeutig und klar zum Ausdruck, dass er den Vertrag mit diesen Fristen zu dem angebotenen Preis bindend schließen will, stellt dies eine Ablehnung des im Vergabeverfahren unterbreiteten Angebots des Bieters und zugleich ein neues Angebot des Auftraggebers dar.*

PRAXISHINWEIS

Die Frage, ob und mit welchem Inhalt ein Bauvertrag in einem verzögerten öffentlichen Vergabeverfahren zustande kommt, war bereits Gegenstand mehrerer Entscheidungen des Bundesgerichtshofs. Danach kann ein Zuschlag in einem solchen Fall selbst dann zu den angebotenen Fristen erfolgen, wenn diese nicht mehr eingehalten werden können. Das soll jedenfalls gelten, wenn der Zuschlag erfolgt, ohne dass er ausdrückliche Erklärungen zur Anpassung der vorgesehenen Regelungen zur Bauzeit oder zur hiervon abhängigen Vergütung enthält. Die im Rahmen des § 150 Abs. 2 BGB geltenden Grundsätze erfordern, dass der Empfänger eines Vertragsangebots, will er von dem Vertragswillen des Anbietenden abweichen, dies in der Annahmeerklärung klar und unzweideutig zum Ausdruck bringt. Fehlt es daran, kommt der Vertrag – so der BGH – zu den Bedingungen des Angebots zustande. Der so zustande gekommene Bauvertrag ist, wenn die Parteien sich im

Nachhinein nicht einigen, ergänzend dahin auszulegen, dass die Bauzeit unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und der vertragliche Vergütungsanspruch in Anlehnung an

Inhalt

Aktuelles aus der Rechtsprechung	1
Nachrichten aus der Bau- und Immobilienwirtschaft	
➤ Geplante Überarbeitung der VOB/B	3
➤ „Berliner Mietendeckels“ ist nichtig	5
➤ Start des bundesweiten Wettbewerbsregisters	8
TSP – Intern	11
Auf einen Blick	
Prüfung und Wertung der Angebote im Vergabeverfahren	12

Editorial

Mit dieser aktuellen Ausgabe unseres TSP-Newsletters informieren wir Sie über wichtige neue Entscheidungen im Architekten-, Bau-, Vergabe- und Immobilienrecht.

Zum Baurecht ist insbesondere auf die nebenstehende BGH-Entscheidung hinzuweisen. Dort beschäftigt sich der BGH mit der Frage, ob und mit welchem Inhalt ein Bauvertrag in einem verzögerten Vergabeverfahren zustande kommt.

Darüber hinaus hat der BGH in einem weiteren Urteil anschaulich die Grundsätze zusammengefasst, wann ein Bieter Schadensersatzansprüche aufgrund vergaberechtswidrigen Verhaltens der Vergabestelle geltend machen kann.

In unserer Rubrik „Auf einen Blick“ finden Sie eine Checkliste für die Prüfung und Wertung der Angebote in einem öffentlichen Vergabeverfahren.

Eine interessante Lektüre wünscht 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

§ 2 Abs. 5 VOB/B anzupassen sind.

Ein anderes gilt nach Ansicht des BGH aber dann, wenn – wie im entschiedenen Fall - sich aus dem Zuschlagsschreiben klar und eindeutig ergibt, dass der Auftraggeber den Vertrag mit neuen Fristen zu dem angebotenen Preis bindend schließen will. Das ist etwa der Fall, wenn über die Bauzeit nicht mehr verhandelt werden soll, der Auftraggeber sie also einseitig vorgibt und er dem Auftragnehmer nur die Möglichkeit lässt, sie als Vertragsbestandteil anzunehmen oder das so geänderte Angebot - eventuell verbunden mit einem eigenen Vorschlag - abzulehnen. Die Erteilung des Zuschlags stellt in einem solchen Fall, eine Ablehnung des im Vergabeverfahren unterbreiteten Angebots des Bieters und zugleich ein neues Angebot des Auftraggebers dar.

Dem steht nach Ansicht des BGH nicht entgegen, dass der Auftraggeber damit u.U. unter Verstoß gegen das Nachverhandlungsverbot einen Zuschlag unter veränderten Bedingungen erteilt, also das Vorgehen des Auftraggebers möglicherweise vergaberechtswidrig ist. Maßgeblich für das Zustandekommen des auf der Grundlage einer öffentlichen Ausschreibung zu schließenden Vertrags sind nach Ansicht des BGH allein die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Für einen wirksamen Vertragsschluss bedarf es noch der - vorbehaltlosen - Annahme des modifizierten Angebots durch den Bieter. Im vorliegenden Rechtsstreit hatte der Bieter zwar die geänderten Bauzeiten in der Bauanlaufbesprechung bestätigt. Der Bieter hatte aber zugleich die Ausführung der Arbeiten von einer zusätzlichen Vergütung abhängig gemacht. Dadurch hat der Bieter nach Ansicht des BGH das modifizierte Angebot des Auftraggebers mit geänderten Bauzeiten zu den in ihrem Angebot enthaltenen ursprünglichen Preisen abgelehnt. Ein Bauvertrag ist daher nicht zustande gekommen.

Ordnungsgemäße Bedenkenanmeldung nach § 4 Abs. 3 VOB/B

OLG Koblenz, U.v. 08.10.2020 – 6 U 1945/19

LEITSATZ

1. Eine einfache Mail erfüllt die in § 4 Abs. 3 VOB/B geforderte Schriftform.*
2. Eine Bedenkenanmeldung an den bauleitenden Architekten kann ausreichend sein, wenn ein Mangel der Vorunternehmerleistung vorliegt und

der Architekt sich den Bedenken nicht verschließt.*

PRAXISHINWEIS

Für die Neuerrichtung eines Einkaufszentrums plant ein Architekt die Anpflanzung von 12 Stieleichen in Pflanzquartieren aus Betonfertigteilen. Die vom beauftragten Tiefbauunternehmen angefertigten Pflanzquartiere sind jedoch zu gering dimensioniert, ohne dass der bauüberwachende Architekt dies bemerkt. Dagegen stellt der mit der Pflanzung der Bäume beauftragte Landschaftsgärtner die Unterdimensionierung fest und meldet per E-Mail gegenüber dem Architekten Bedenken gegen die Ausführung an, ohne Lösungsvorschläge zu unterbreiten. Der Architekt leitet die E-Mails an den Auftraggeber weiter und ordnet die Bepflanzung an. Die Stieleichen sterben ab, weil sie sich in den zu kleinen Pflanzquartieren nicht entwickeln konnten. Der Auftraggeber nimmt den Landschaftsgärtner nach vorheriger fruchtloser Mängelbeseitigungsaufforderung auf Erstattung der Beseitigungskosten in Anspruch.

Der Auftragnehmer haftet gem. § 13 Abs. 3 VOB/B auch dann für Mängel, wenn diese auf die Beschaffenheit der Vorleistung eines anderen Unternehmers zurückzuführen sind, es sei denn, er hat die ihm nach § 4 Abs. 3 VOB/B obliegende Mitteilung gemacht, also ordnungsgemäß Bedenken angemeldet. Das OLG Koblenz verneint eine Haftung des Landschaftsgärtners mit der Begründung, dass dieser eine ordnungsgemäße Bedenkenanmeldung nach § 4 Abs. 3 VOB/B vorgenommen habe. Das Schriftformerfordernis des § 4 Abs. 3 VOB/B ist erfüllt. E-Mails sind der telekommunikativen Übermittlung gem. § 127 Abs. 2 Satz 1 BGB zuzuordnen sind. Die Bedenkenanmeldung war auch inhaltlich ausreichend, da ihr die Warnung, dass die Stieleichen wegen der nicht ausreichenden Dimensionierung der Pflanzquartiere nicht wachsen könnten, zu entnehmen war. Es besteht keine Pflicht des nicht planenden Auftragnehmers, seine Bedenkenanmeldung mit einer bautechnischen Lösung zu verbinden. Die Bedenken konnten auch beim bauleitenden Architekten ausnahmsweise angemeldet werden. Ein Planungsfehler des Architekten lag nicht vor, sondern ein Ausführungsfehler des Vorunternehmers. Der Architekt wies die Bedenken auch nicht zurück, sondern leitete die E-Mails an den Auftraggeber weiter und begründete

* Kein amtlicher Leitsatz

in nachvollziehbarer Weise, warum die Stieleichen dennoch eingepflanzt werden sollten.

GEPLANTE ÜBERARBEITUNG DER VOB/B

Der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) plant eine Überarbeitung der VOB/B und hat mit der letzten Sitzung des Hauptausschusses Allgemeines im Dezember 2020 den Entwurf einer reformierten VOB/B vorgelegt. Die Schwerpunkte der Überarbeitung liegen beim Anordnungsrecht des Auftraggebers (§ 1 Abs. 4 VOB/B-E) und den Regelungen der Vergütung von Nachträgen (§ 2 Abs. 3, 5 und 6 VOB/B-E) sowie den Kostenfolgen von Bauzeitverlängerungen (§ 2 Abs. 9 VOB/B-E). Daneben sind in den Entwurf Änderungen eingeflossen, die der Hauptausschuss Allgemeines bereits in der Vergangenheit beschlossen hatte. Der DVA gibt den beteiligten Kreisen derzeit Gelegenheit, zu dem Entwurf der überarbeiteten VOB/B Stellung zu nehmen. Im Anschluss an die schriftlichen Stellungnahmen der beteiligten Kreise werden die Positionen im gesamten Gremium des HAA diskutiert.

Keine Erstattungsfähigkeit der Kosten der Nachtragerstellung nach § 2 Abs. 5 VOB/B

BGH, U.v. 22.10.2020 – VII ZR 10/17

LEITSATZ

1. Die Kosten eines Privatgutachtens, die der Auftragnehmer zur Ermittlung der Vergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B aufwendet, sind vom Auftraggeber nicht nach dieser Bestimmung als Teil der Mehrkosten zu erstatten.
2. Entsprechendes gilt für die Erstattungsfähigkeit der Kosten eines Privatgutachtens, das der Auftragnehmer zur Ermittlung der Mehrvergütung in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Abs. 5 VOB/B aufgrund einer verzögerten Vergabe eingeholt hat.

PRAXISHINWEIS

§ 2 Abs. 5 VOB/B enthält die Verpflichtung zur Vereinbarung eines neuen Preises unter Berücksichtigung von Mehr- und Minderkosten, wenn

durch eine Änderung des Bauentwurfs oder andere Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert werden. Nach Ansicht des BGH werden die Kosten eines Privatgutachtens, das der Auftragnehmer zur Ermittlung der Vergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B beauftragt hat, hiervon nicht erfasst. Die Kosten eines solchen Privatgutachtens können nicht selbst Gegenstand der Vergütung sein, wenn die privatgutachterliche Tätigkeit im Falle einer fehlenden Vereinbarung die geschuldete Vergütung erst ermitteln oder darlegen soll. Der Auftragnehmer kann die Kosten eines Privatgutachtens auch nicht auf Grundlage des § 2 Abs. 9 Nr. 1 VOB/B beim Auftraggeber liquidieren. Dies gilt, so der BGH, auch für die Mehrkosten, die wegen Verzögerungen im Vergabeverfahren entstehen.

Baubehinderung: Schadensersatz und Entschädigungsansprüche

OLG Celle, U.v. 04.03.2020 – 7 U 334/18

LEITSATZ

1. Ein Entschädigungsanspruch aus § 642 BGB setzt voraus, dass der Auftraggeber eine Mitwirkungshandlung unterlässt und dadurch die Bauausführung behindert wird, dass der Auftragnehmer seine Leistung angeboten und die Behinderung anzeigt hat bzw. diese offenkundig ist.*
2. Der Auftragnehmer muss hinsichtlich jeder einzelnen Behinderung konkret die unterlassene Mitwirkung nebst Behinderungsanzeige, den sich daraus ergebenden Annahmeverzug und die sich daraus ergebenden Auswirkungen auf den Bauverlauf und die übernommenen Arbeiten darlegen.*
3. Maßgeblich für die Höhe des Entschädigungsanspruches aus § 642 BGB ist die dem Vertrag zugrunde liegende Kalkulation des Auftragnehmers.*
4. Stellt der Auftragnehmer seine Mitarbeiter aufgrund der Behinderung unter Fortzahlung des Arbeitslohn frei, stellen die aufgewendeten Lohnkosten und nicht die üblichen Stundensätze/Einheitspreise den zu erstattenden Schaden dar.*

PRAXISHINWEIS

Ein Bauunternehmen macht verschiedene Behinderungen geltend, in deren Folge Mitarbeiter für

einen bestimmten Zeitraum freigestellt werden mussten und Gerätschaften – ein Bagger und ein Radlader – stillstanden. Hierdurch sind dem Auftragnehmer Vermögensnachteile entstanden, deren Ausgleich er vom Auftraggeber verlangt. In Betracht kommen sowohl Schadensersatzansprüche gemäß § 6 Abs. 6 VOB/B als auch ein Entschädigungsanspruch gemäß § 642 BGB.

Gemäß § 6 Abs. 6 VOB/B besteht ein Schadensersatzanspruch, wenn der Auftraggeber die hindernden Umstände zu vertreten hat und der Auftragnehmer den infolge der Störung des Arbeitsablaufs konkret entstandenen Schaden dartut und beweist.

Vorliegend bestand der konkrete Schaden des Auftragnehmers zunächst darin, dass er an vier Mitarbeiter, die infolge der Störung des Arbeitsablaufs von der Arbeit freigestellt wurden, den Arbeitslohn weiter gezahlt hatte. Die insoweit aufgewandten Lohnkosten stellen einen über § 6 Abs. 6 VOB/B zu erstattenden Schaden dar.

Ein Schadensersatzanspruch wegen der Vorhaltung des Baggers und eines Radladers scheiterte daran, dass der Auftragnehmer lediglich einen – abstrakten – Stundensatz als angeblichen Schaden dargelegt hat. Dies reicht indes nicht aus. Für den sogenannten „Stillstands Schaden“ hätte der Auftragnehmer darlegen müssen, welche konkreten Nachteile es für ihn mit sich gebracht hatte, dass die beiden auf der Baustelle stillgestellten Geräte in diesem Zeitraum nicht genutzt werden konnten. Als möglicher Nachteil hätte in Betracht kommen können, dass die Geräte nicht rechtzeitig anderweitig eingesetzt werden konnten. Dies hat der Auftragnehmer im Prozess nicht vorgetragen.

Als weiteren Schadensatz machte der Auftragnehmer geltend, dass Mitarbeiter aufgrund der Behinderung ca. 10 Tage länger als vorgesehen mit dem Bauvorhaben beschäftigt waren. Aber auch hier hat der Auftragnehmer seinen Schaden lediglich abstrakt anhand der kalkulierten Bauzeit berechnet und einen internen Tagessatz für die Mitarbeiter vorgetragen. Dieser Vortrag ist für die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches nicht ausreichend. Vielmehr hätte der Auftragnehmer darlegen müssen, dass wegen der Mehrarbeit seiner Mitarbeiter auch tatsächlich mehr Kosten in Form von bezahlten Überstunden, Einstellung weiterer Mitarbeiter bzw. finanzielle Nachteile wegen liegen gebliebener Arbeit angefallen sind.

Schließlich hatte das OLG zu prüfen, ob ein Entschädigungsanspruch gemäß § 642 BGB ge-

ben ist. Maßgeblich für die Höhe der Entschädigung ist grundsätzlich die dem Vertrag zugrundeliegende Kalkulation; d. h. die für die betroffene Teilleistung, deren Ausführung sich verzögert hat, kalkulierten Lohn- und Gerätekosten sowie – nach neuerer Rechtsprechung des BGH – auch anteilig die kalkulierten Geschäftskosten nebst den kalkulierten Zuschlägen für Wagnis und Gewinn. Die Berechnung der Entschädigung hat auf der Basis der Ursprungskalkulation zu erfolgen. Auch hier gelang es dem Auftragnehmer nicht, mit seinem Vortrag dieser Darlegungslast zu genügen.

Die vorliegende Entscheidung des OLG Celle macht ein weiteres Mal deutlich, welche hohe Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast der Auftragnehmer gestellt werden, wenn diese aufgrund eingetretener Behinderungen Schadensersatzansprüche gemäß § 6 Abs. 6 VOB/B oder Entschädigungsansprüche gemäß § 642 BGB durchsetzen wollen.

Mehraufwand von Änderungs- und Zusatzleistungen

OLG Köln, U.v. 03.02.2021 - 11 U 136/18

LEITSATZ

1. Zu den Mehr- und Minderkosten einer geänderten oder zusätzlichen Leistung gehören auch die Kosten eines Stillstands von Baugeräten, die zur Ausführung anderer Leistungspositionen (Folgegewerke) benötigt werden, wenn sich diese aufgrund der geänderten oder zusätzlichen Leistung zeitlich verschieben.
2. Auch in § 2 Abs. 5 und 6 VOB/B ist nicht geregelt, wie die Vergütungsanpassung bei geänderten oder zusätzlichen Leistungen zu ermitteln ist, wenn die Parteien hierüber keine Einigung getroffen haben.
3. Haben die Parteien über die Vergütung für geänderte oder zusätzliche Leistungen, deren Ermittlung oder einzelne Preiselemente keine Einigung getroffen, enthält der Vertrag eine Regelungslücke, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu füllen ist. Es entspricht – ebenso wie im Falle von Mengenmehrungen gem. § 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B – der Redlichkeit und dem bestmöglichen Interessenausgleich, die Vergütung nach den tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge für Allgemeine Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn zu ermitteln.

4. Hält der Auftraggeber im Rahmen der Berechnung eines Nachtrags nach § 2 Abs. 5 oder 6 VOB/B eine Kostenposition schon im Grundsatz für nicht ersatzfähig (hier: Kosten aufgrund der bauzeitlichen Auswirkungen auf andere Leistungspositionen), kann eine ausdrückliche oder stillschweigende Einigung der Parteien auf die Berechnung dieser Kosten regelmäßig nicht angenommen werden.

PRAXISHINWEIS

Der beklagte öffentliche Auftraggeber beauftragte die Auftragnehmerin (Klägerin) unter Einbeziehung der VOB/B mit der Schadstoffsanierung und Abbrucharbeiten beim Teilrückbau eines Gebäudes einer Justizvollzugsanstalt. Im ersten Bauabschnitt sollte das Wirtschaftsgebäude saniert und zurückgebaut sowie parallel die Schadstoffsanierung des Zellentrakts erfolgen, damit im zweiten Bauabschnitt der Zellentrakt ebenfalls zurückgebaut werden konnte. Bei den Arbeiten im ersten Bauabschnitt stellte sich jedoch heraus, dass eine Sanierung einer asbesthaltigen Rohrisolierung im Dach erfolgen musste, bevor der Abbruch des Gebäudes weitergeführt werden konnte. Die Auftragnehmerin macht Mehrkostenansprüche gegen den Auftraggeber geltend. Der Beklagte hat die Kosten für die Vorhaltung eines stillstehenden Kettenbaggers (5 Tage) nicht akzeptiert.

Im zweiten Bauabschnitt stellte sich heraus, dass weitere Mehrleistungen zur Sanierung asbestverseuchter PVC-Böden in einem aufwändigeren Verfahren notwendig wurden. Der Abbruch des

Zellentraktes konnte erst nach einem 32tägigen Stillstand erfolgen. Der Beklagte akzeptierte auch Kosten für die weitere Vorhaltung zwei stillstehender Kettenbagger nicht.

Die Klägerin klagte auf Zahlung der Vorhalte- und Stillstandskosten, blieb vor dem Landgericht aber erfolglos. Das OLG Köln hält die Klage dagegen für dem Grunde nach gerechtfertigt.

Das OLG zieht als Anspruchsgrundlage § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B für den Ersatz der Kosten des eingetretenen Gerätestillstandes heran. Weil eine Anordnung des Auftraggebers auf Leistungsänderung vorliegt, kommen weder § 6 Abs. 6 VOB/B noch § 642 BGB in Betracht. Wenn die geänderten und zusätzlichen Leistungen zu einem zeitlichen Mehraufwand führen, kann der Auftragnehmer die hierdurch verursachten Stillstandskosten, die sich mittelbar aus den störenden Auswirkungen der geänderten oder zusätzlichen Leistungen auf die Bauzeit ergeben, als Vergütungsanspruch nach § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B i.V.m. § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B geltend machen. Das ist höchstrichterlich vom BGH so noch nicht entschieden worden.

Darüber hinaus sind die Stillstandskosten nach Auffassung des OLG Köln nach den tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge zu berechnen und nicht auf Basis vor-kalkulatorischer Preisfortschreibung. Damit folgt das Gericht für § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B der Rechtsprechung des BGH zu § 2 Abs. 3 VOB/B. Der BGH hat das zu § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B bislang nicht entschieden.

GESETZ ZUR MIETENBEGRENZUNG IM WOHNUNGSWESEN IN BERLIN („BERLINER MIETENDECKEL“) IST NICHTIG

Mit Beschluss vom 25.03.2021 hat der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts das Gesetz zur Mietenbegrenzung im Wohnungswesen in Berlin (MietenWoG Bln) für mit dem Grundgesetz unvereinbar und deshalb für nichtig erklärt.

Regelungen zur Miethöhe für frei finanzierten Wohnraum, der auf dem freien Wohnungsmarkt angeboten werden kann (ungebundener Wohnraum), fallen nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts in die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit. Die Länder sind danach nur zur Gesetzgebung befugt, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz keinen abschließenden Gebrauch gemacht hat. Da der Bundesgesetzgeber das Mietpreisrecht in den §§ 556 bis 561 BGB abschließend geregelt hat, ist aufgrund der Sperrwirkung des Bundesrechts für die Gesetzgebungsbefugnis der Länder kein Raum. Da das MietenWoG Bln im Kern ebenfalls die Miethöhe für ungebundenen Wohnraum regelt, ist es insgesamt nichtig.

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hat zur Folge, dass bei allen laufenden Mieterhöhungsverfahren nach den §§ 558 ff. BGB eine „Deckelung“ nicht mehr in Betracht kommt. In der Vergangenheit vereinbarte „Schattenmieten“ dürften nun wirksam werden. Mieter müssen jetzt wegen der Deckelung nicht gezahlte Mietzinsbeträge nachzahlen und unter der Deckelung geleistete Mietsicherheiten erhöhen.

Folgerichtig ließ das OLG Köln die Revision zum BGH zu. Diese ist auch eingelegt worden. Das Urteil des OLG Köln ist vor allem im Hinblick auf die Erstreckung der § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/ auf die Stillstandskosten im Zusammenhang mit der Verlängerung der Bauzeit interessant. Insofern bleibt die Bewertung durch den BGH abzuwarten. Im Hinblick auf die Berechnung der Stillstandskosten nach den tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich angemessener Zuschläge dürfte der BGH dagegen das OLG Köln bestätigen. Diese Lösung des OLG Köln war durch die übrige OLG-Rechtsprechung und Literatur vorgezeichnet.

Abgrenzung von Kontroll- und Vertragsfristen

OLG Stuttgart, U.v. 01.12.2020 – 10 U 124/20

LEITSATZ

1. Bei der Auslegung, ob eine vereinbarte Frist für eine Teil-Leistung eine unverbindliche Kontrollfrist oder eine verbindliche Zwischenfrist im Sinn des § 5 Abs. 1 S. 2 VOB/B darstellt, kommt der Bedeutung dieser Teil-Leistung für den Bauablauf eine maßgebliche Bedeutung zu. Ist die Teil-Leistung eine unabdingbare Vorarbeit für weitere Werkleistungen, handelt es sich im Zweifel um eine verbindliche Zwischenfrist.
2. Ein Verzug mit einer verbindlichen Zwischenfrist nach § 5 Abs. 1 S. 2 VOB/B kann zu einem Kündigungsrecht nach § 5 Abs. 4 VOB/B oder § BGB § 648a BGB n.F. führen.

PRAXISHINWEIS

Die Frage, ob unverbindliche Kontrollfrist oder verbindliche Zwischenfrist i.S.d. § 5 Abs. 1 S. 2 VOB/B entscheidet im Ernstfall über die Wirksamkeit einer außerordentlichen Auftraggeberkündigung gemäß § 8 Abs. 3 i. V. m. § 5 Abs. 4 VOB/B.

Der Auftragnehmer sollte zwischen dem 16.07.2018 und dem 31.08.2018 Dachabdichtungsarbeiten ausführen. In einer Baubesprechung vor Beginn der Arbeiten wurde vereinbart und protokolliert, dass die Dachrandsicherung und das Gerüst zum 23.07.2018 erbracht werden sollen, damit ein Vorunternehmer einen Lüftungskanal auf dem Dach demontieren kann. Nachdem das Gerüst am 23.07.2018 nur teilweise aufgebaut war, forderte der Auftraggeber den Auftragnehmer unter Fristsetzung zur Leistungs-

erbringung auf. Nach fruchtlosem Fristablauf kündigte der Auftraggeber den Bauvertrag.

Das OLG Stuttgart bejaht eine wirksame außerordentliche Kündigung des Auftraggebers gemäß § 8 Abs. 3 i.V.m. § 5 Abs. 4 VOB/B. Die in der Baubesprechung protokollierte Zwischenfrist stellt eine verbindliche Vertragsfrist dar, weil sie die Erbringung einer Teil-Leistung betrifft, die unabdingbare Voraussetzung für die Ausführung der weiteren Werkleistungen ist. Die Bereitstellung des Gerüsts und der Dachrandsicherung stellen notwendige Vorarbeiten für die vom Auftragnehmer zu erbringenden Rückbauarbeiten dar. Dies war für den Auftragnehmer auch ohne weiteres erkennbar. Daraus ergibt sich ein berechtigtes Interesse des Auftraggebers an der Vereinbarung einer verbindlichen Vertragsfrist.

Der Auftraggeber ist – obgleich dieser für ihn günstigen Entscheidung – gut beraten, im Bauvertrag alle wichtigen Zwischenfristen vertraglich zu vereinbaren. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 VOB/B auch die in einem Bauzeitenplan enthaltenen Einzelfristen nur dann als Vertragsfristen gelten, wenn dies im Vertrag ausdrücklich vereinbart ist. Ansonsten handelt es sich um bloße unverbindliche Kontrollfristen. Ein Überschreiten solcher Fristen begründet keine Verzugsfolgen und berechtigt den Auftraggeber nicht zur außerordentlichen Kündigung gemäß § 8 Abs. 3 i.V.m. § 5 Abs. 4 VOB/B.

Architektenrecht

Detailtiefe der Ausführungsplanung

OLG Hamm, U.v. 28.01.2021 - 21 U 68/14

LEITSATZ

Im Rahmen der Leistungsphase 5 ist der Architekt verpflichtet, die Ausführungsdetails umfassend zeichnerisch darzustellen. Das wird im Regelfall bedeuten, dass für alle Gewerke Ausführungspläne erstellt werden müssen, dass für zahlreiche Gewerke sogar darüber hinaus bis ins Einzelne und in Kleinigkeiten geplant werden muss. Fertigt der Architekt die für die einzelnen Gewerke notwendigen Ausführungspläne nicht, dann liegt auch insoweit ein Planungsfehler vor.

PRAXISHINWEIS

Auftraggeber und Architekt streiten über Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit ei-

ner unvollständigen Ausführungsplanung. Der Architekt hatte bei einer Stehfalzfassade im Bereich der Fuß- und Kopfpunkte keine ausreichenden Be- und Entlüftungsöffnungen geplant, um die erforderliche Hinterlüftung der Fassade zu gewährleisten.

Im Rahmen der Leistungsphase 5 ist der Architekt verpflichtet, die Ausführungsdetails umfassend zeichnerisch darzustellen. Das bedeutet in der Regel, dass für alle Gewerke Ausführungspläne erstellt werden müssen. Fertigt der Architekt die für die einzelnen Gewerke notwendigen Ausführungspläne nicht, dann liegt ein Planungsfehler vor.

Nach Ansicht des OLG Hamm stellt die Hinterlüftung von Fassadenelementen ein wichtiges Detail der Ausführungsplanung dar, die eine entsprechende Detailplanung erfordert. Gerade bei Problemen der Feuchtigkeitsisolierung und Wärmedämmung muss die Ausführungsplanung bis ins kleinste Detail, notfalls bis zum Maßstab 1:1 gehen.

Zwar können manche Einzelheiten in zuverlässiger Weise erst im Rahmen der Bauausführung an Ort und Stelle angegeben werden und bedürfen nicht der Einzeldarstellung im Rahmen der Ausführungsplanung. Dabei kann es sich aber nur um solche Leistungen handeln, die von weniger großer Bedeutung sind. Handwerkliche Selbstverständlichkeiten, insbesondere auch technische Regeln, die zum handwerklichen Grundwissen gehören, müssen in der Ausführungsplanung nicht ausführlich beschrieben werden. Eine generelle Angabe, was zu den handwerklichen Selbstverständlichkeiten gehört, ist aber nicht möglich. Dies muss im Einzelfall unter Hinzuziehung von Sachverständigen im Prozess entschieden werden. Misslingt die Ausführung, ist dies nach Ansicht des OLG Hamm ein Indiz dafür, dass eine entsprechende Ausarbeitung erforderlich gewesen wäre. Die Frage, welche Detailzeichnungen erforderlich sind, liegt also zunächst in der Risikosphäre des Planers und hängt von den Anforderungen an die Planung, mitunter auch von der Qualität der Handwerker ab.

Preisrecht der HOAI 1996

OLG Celle, B.v. 09.12.2020 - 14 U 92/20

LEITSATZ

1. Die Dienstleistungsrichtlinie findet keine Anwendung auf Vertragsverhältnisse, die während

der Umsetzungsfrist der Richtlinie gem. Art. 44 Abs. 1 Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt vor dem 28.12.2009 entstanden sind. Das Urteil des EuGH vom 04.07.2019 (IBR 2019, 436) betrifft daher grundsätzlich keine Sachverhalte, auf die die HOAI 1996/2002 Anwendung findet.

2. Ein der HOAI 1996/2002 unterfallender rein innerstaatlicher Sachverhalt ist grundsätzlich nicht gem. Art. 49 AEUV (ehemals Art. 43 EGV - Niederlassungsfreiheit) und auch nicht gem. Art. 56 AEUV (ex-Artikel 49 EGV - Dienstleistungsfreiheit) auf seine diesbezügliche Vereinbarkeit mit europäischem Recht zu überprüfen (entgegen OLG Düsseldorf, IBR 2020, 184).

3. - 4. (...)

PRAXISHINWEIS

Auch nach dem Beschluss des BGH vom 14.05.2020 (vgl. Newsletter 2-2020, S. 5) ist offen, ob das frühere zwingende Preisrecht der HOAI für Altverträge, die vor dem 01.01.2021 geschlossen wurden, uneingeschränkt anzuwenden ist oder nicht. Der BGH hat dem EuGH hierzu ein Vorabentscheidungsersuchen (C-261/20) vorgelegt. Aktuell ist nicht absehbar, wann der EuGH hierüber entscheiden wird.

Für Planerverträge, die noch vor Ablauf der Umsetzungsfrist der EU-Dienstleistungsrichtlinie am 28.12.2009 geschlossen wurden, sind dagegen nach Ansicht des OLG Celle die Mindest- und Höchstsätze der HOAI 1996 zu beachten. Es besteht allgemein Einigkeit darin, dass eine EU-Richtlinie vor Fristablauf keine unmittelbare Wirkung entfalten kann (vgl. EuGH, Urteil vom 5.4.1979 - Rs. 148/78).

Vergaberecht

Aufhebung der Ausschreibung

BGH, U.v. 08.12.2020 - XIII ZR 19/19

LEITSATZ

1. Verletzt der öffentliche Auftraggeber eine Rücksichtnahmepflicht im vorvertraglichen Schuldverhältnis, indem er ein Vergabeverfahren rechtswidrig aufhebt (hier: ohne einen Aufhebungsgrund nach § 17 Abs. 1 VOB/A 2016), steht dem Bieter, auf dessen Angebot bei Vergabe des Auftrags der Zuschlag zu erteilen gewesen wäre, ein Schadensersatzanspruch zu. Der Anspruch

ist auf den Ersatz des Schadens gerichtet, der dem Bieter durch die mangelnde Beachtung der für das Verfahren und seine mögliche Aufhebung maßgeblichen Vorschriften entstanden ist.

2. Dieser zu ersetzende Schaden besteht grundsätzlich in den Aufwendungen, die der Bieter zur Wahrnehmung seiner Chance auf einen Zuschlag vorgenommen hat und hierzu für erforderlich halten durfte. Personalkosten für die Angebotserstellung sind dabei auch ohne konkreten Nachweis des Bieters, dass er ohne diesen Aufwand durch deren Tätigkeit anderweitig Einnahmen erwirtschaftet hätte, ersatzfähig.

3. Ein Anspruch auf Ersatz entgangenen Gewinns kommt grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn das Vergabeverfahren mit einem Zuschlag abgeschlossen wird, der Zuschlag jedoch nicht demjenigen Bieter erteilt wird, auf dessen Angebot bei Beachtung der maßgeblichen vergaberechtlichen Vorschriften allein ein Zuschlag hätte erteilt werden dürfen.

4. Dem Abschluss eines Vergabeverfahrens mit dem Zuschlag an einen nicht zuschlagsberechtig-

ten Bieter ist es gleichzustellen, wenn der öffentliche Auftraggeber ein wirtschaftlich und wertungsmäßig entsprechendes Ergebnis dadurch herbeiführt, dass er die Ausschreibung aufhebt, ohne dass ein anerkannter Aufhebungsgrund vorliegt, und den Auftrag außerhalb eines förmlichen Vergabeverfahrens oder in einem weiteren Vergabeverfahren an einen Bieter vergibt, an den der Auftrag nach dem Ergebnis des aufgehobenen Vergabeverfahrens nicht hätte vergeben werden dürfen.

5. Voraussetzung hierfür ist, dass der später vergebene Auftrag bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise das gleiche Vorhaben und den gleichen Auftragsgegenstand betrifft und die Auftragsvergabe einem Zuschlag im aufgehobenen Vergabeverfahren an einen nicht zuschlagsberechtigten Bieter gleichzustellen ist. Dies ist namentlich der Fall, wenn der öffentliche Auftraggeber das Vergabeverfahren nicht - im Hinblick auf die Vergabe an den Bieter mit dem annehmbarsten Angebot - aus sachlichen und willkürfreien Gründen aufgehoben hat, sondern um den Auftrag außerhalb dieses Verfahrens an einen anderen Bieter vergeben zu können (Fortführung von BGH, IBR 1998, 459, und BGH, IBR 2014, 292).

START DES BUNDESWEITEN WETTBEWERBSREGISTERS

Das Bundeskartellamt hat den Betrieb des bundesweiten Wettbewerbsregisters aufgenommen. Das bundesweite Wettbewerbsregister stellt öffentlichen Auftraggebern, Sektorenauftraggebern und Konzessionsgebern für Vergabeverfahren Informationen zur Verfügung, um zu prüfen, ob ein Unternehmen wegen begangener Wirtschaftsdelikte von dem Vergabeverfahren auszuschließen ist oder ausgeschlossen werden kann. Auftraggeber können daher künftig durch eine Abfrage beim Wettbewerbsregister das Vorliegen von Ausschlussgründen gemäß §§ 123 und 124 GWB prüfen. Derzeit müssen die Vergabestellen die einzelnen Landeskorrupsionsregister und das Gewerbezentralregister abfragen. Rechtliche Grundlage für die Einrichtung und den Betrieb des Wettbewerbsregisters ist das Wettbewerbsregistergesetz (WRegG). Die konkrete Abfrage beim Wettbewerbsregister in einem Vergabeverfahren setzt voraus, dass sich der Auftraggeber vorab bei der Registerbehörde registriert und intern die organisatorischen und technischen Voraussetzungen dafür geschaffen hat.

PRAXISHINWEIS

Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil anschaulich die Grundsätze zusammengefasst, nach denen ein Bieter Schadensersatzansprüche aufgrund vergaberechtswidrigen Verhaltens der Vergabestelle geltend machen kann. Diese sind:

1. Dem Bieter, auf dessen Angebot bei Vergabe des Auftrags der Zuschlag hätte erteilt werden müssen, steht ein Schadensersatzanspruch zu.
2. Der Schadensersatzanspruch ist grundsätzlich auf das *negative Interesse* ausgerichtet. D.h., der Bieter kann seine Aufwendungen im Zusammenhang mit seiner Beteiligung an dem Vergabeverfahren ersetzt verlangen. Personalkosten sind ohne konkreten Nachweis ersatzfähig.
3. Einen Anspruch auf das *positive Interesse*, d.h. auf den ergangenen Gewinn, hat der Bieter dann, wenn er bei Beachtung der vergaberechtlichen Vorschriften allein den Zuschlag erhalten hätte.
4. Auch für den Fall der *vergaberechtswidrigen Aufhebung* des Verfahrens hat der Bieter einen Anspruch auf Ersatz des *negativen Interesses* (siehe zuvor Ziff. 2.).
5. Will allerdings der Bieter mit dem annehmbarsten Angebot im Falle einer *vergaberechtswidrigen*

Aufhebung des Vergabeverfahrens einen Anspruch auf Ersatz des *positiven Interesses* (entgangener Gewinn) geltend machen, so müssen folgende Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sein:

- a) Das Angebot entspricht in jeder Hinsicht den Anforderungen der Vergabeunterlagen.
- b) Der Bieter hat das annehmbarste Angebot abgegeben.
- c) Der Auftrag wurde später außerhalb des Vergabeverfahrens an einen Dritten vergeben.
- d) Die Aufhebung durch die Vergabestelle erfolgte nicht aus sachlichen und willkürfreien Gründen, sondern „um den Auftrag außerhalb dieses Verfahrens an einen anderen Bieter vergeben zu können“.

Bewertung: Der BGH hat mit dieser letztgenannten Voraussetzung die ohnedies hohen Hürden für die Geltendmachung des entgangenen Gewinns („positives Interesse“) nochmals deutlich erhöht. Der Bieter mit dem annehmbarsten Angebot muss also zusätzlich dartun und beweisen, dass die Ausschreibung aufgehoben wurde, um den Auftrag an einen bestimmten anderen Bieter oder einen anderen Bieterkreis vergeben zu können. Dieser Nachweis dürfte dem Bieter i.d.R. nicht gelingen. Insofern verbleibt ihm allenfalls der Anspruch auf Aufwendungsersatz („negatives Interesse“).

Widerruf eines Zuwendungsbescheides - differenzierte Einzelfallprüfung erforderlich

OVG NRW, B.v. 24.02.2021 - 4 A 2038/16

LEITSATZ

1. Die fehlerhafte Wahl der Verfahrensart stellt zwar in der Regel einen schwerwiegenden Vergaberechtsverstoß dar. Diese Regelannahme entbindet den Zuwendungsgeber aber nicht davon, die Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu würdigen.*
2. Die Wahl des Vergabeverfahrens ist in einem Vergabevermerk hinreichend zu dokumentieren.*

PRAXISHINWEIS

1. Der Zuwendungsgeber begründete seinen Widerrufsbescheid u.a. damit, dass durch die Wahl falscher Vergabeverfahren die Wettbewerbschancen anderer Bieter beeinträchtigt worden seien. Dabei sei zu berücksichtigen, dass die Wahl der falschen Vergabeverfahren und die Beschränkung des Wettbewerbs als schwere

Vergabeverstöße einzuordnen seien und dass es sich um mehrere Verstöße gegen die haushaltsrechtlichen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit handele. Für das öffentliche Rückforderungsinteresse spreche auch die Höhe der jeweiligen Auftragswerte. Der Zuwendungsgeber war ferner der Auffassung, dass selbst wenn die Zuwendungsempfängerin wirtschaftlich gehandelt hätte und es zu keinem Schaden des Zuwendungsgebers gekommen wäre, dies die Rückforderung nicht begrenzen könne. Die Missachtung des Vergaberechts indiziere die Unwirtschaftlichkeit.

2. Das OVG NRW hat die Widerrufsentscheidung als ermessenfehlerhaft und damit rechtswidrig bewertet. Nach Ansicht des OVG fehlt die Prüfung, ob ein auf Vergaberechtsverstöße gestützter Widerruf *wegen abweichender Einzelumstände* ausscheiden oder in geringerem Umfang, als sonst bei schweren Vergabeverstößen üblich, erfolgen könnte. Es besteht die Möglichkeit, dass die Zuwendungsempfängerin trotz etwaiger festzustellender Vergabeverstöße so wirtschaftlich und sparsam gehandelt hat, dass ein Widerruf überhaupt oder zumindest seiner Höhe nach unangemessen erscheint. Solche Umstände bejahete das OVG im vorliegenden Fall.

3. Neben einem Vergaberechtsverstoß in der Sache (hier: Wahl des unrichtigen Vergabeverfahrens) sind im Rahmen der Ermessensentscheidung auch formelle Verstöße zu bewerten. Im vorliegenden Fall war dies die fehlende Dokumentation der Gründe für die Wahl der Vergabeart im Vergabevermerk. Diese fehlende Transparenz kann den Verstoß in der Sache als gewichtiger erscheinen lassen, was ebenfalls im Rahmen einer Ermessensentscheidung über das „Ob“ und die Höhe einer Zuwendungsrückforderung zu berücksichtigen ist.

Immobilienrecht

Fiktiver Schadensersatz im Kaufrecht zulässig

BGH, U.v. 12.03.2021 – V ZR 33/19

LEITSATZ

Der kaufvertragliche Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung (kleiner Schadensersatz) gemäß § 437 Nr. 3, §§ 280, 281 BGB kann anhand der voraussichtlich erforderlichen, aber (noch) nicht aufgewendeten ("fiktiven") Mängel-

beseitigungskosten bemessen werden (Abgrenzung zu BGH, IBR 2018, 196, und IBR 2020, 636). Allerdings muss die Umsatzsteuer nur ersetzt werden, wenn und soweit sie tatsächlich angefallen ist.

PRAXISHINWEIS

Der V. Zivilsenat des BGH hat mit Urteil vom 12.03.2021 entschieden, dass im Kaufrecht im Rahmen des kleinen Schadensersatzes weiterhin eine fiktive Schadensberechnung zulässig ist. Der Käufer kann daher im Immobilienkaufvertrag bei Mängeln der erworbenen Kaufsache als Schadensersatz entweder den Ausgleich des mangelbedingten Minderwertes oder den Ersatz der Mangelbeseitigungskosten verlangen. Dabei ist es – so die neue Entscheidung des V. Zivilsenats des BGH – unerheblich, ob der Mangel vom Käufer auch tatsächlich beseitigt wird oder nicht. Eine fiktive Schadensberechnung ist daher im Kaufrecht – anders als im Werkvertragsrecht – statthaft.

Die Kläger erwarben von dem Beklagten eine Eigentumswohnung. Die Sachmängelhaftung wurde ausgeschlossen. Im Kaufvertrag verpflichtet sich der Verkäufer aber Feuchtigkeitsschäden an der Schlafzimmerwand zu beseitigen, wenn diese bis zum 31.12.2015 erneut auftreten sollten. Nach Übergabe der Wohnung traten Ende 2014 tatsächlich erneut Feuchtigkeitsschäden in dem besagten Schlafzimmer auf. Mit der Klage verlangten die Kläger von dem Verkäufer als Beklagten die Zahlung der voraussichtlichen Mangelbeseitigungskosten ohne Umsatzsteuer sowie vorgerichtliche Anwaltskosten. Eine Mangelbeseitigung hatten die Käufer nicht durchführen lassen. Die Klage hatte in allen Instanzen Erfolg.

Mit vorangegangenen Beschluss vom 13.03.2020 – V ZR 33/19 – hatte der V. Zivilsenat in dem Verfahren eine Anfrage gemäß § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG an den für das Werkvertragsrecht zuständigen VII. Zivilsenat gerichtet. Hierin wurde dieser gefragt, ob der VII. Zivilsenat an seiner mit Urteil vom 22.02.2018 – VII ZR 46/17 – geänderten Rechtsprechung zur Unzulässigkeit von fiktivem Schadensersatzverlangen im Werkvertragsrecht festhalte. Der VII. Senat hatte daraufhin mit Beschluss vom 08.10.2020 – VII ARZ 1/20 – an seiner Rechtsprechungsänderung aus dem Jahr 2018 festgehalten. Hier war in Abkehr von der langjährigen, bisherigen Rechtsprechung entschieden worden, dass eine fiktive Schadensberechnung im Werkvertragsrecht unzulässig ist.

Mit Urteil vom 12.03.2021 – V ZR 33/19 – hat der V. Zivilsenat nunmehr im entschiedenen Fall festgestellt, dass es im Immobilienkaufrecht – anders als im Werkvertragsrecht – durchaus zulässig ist, Schadensersatz zu verlangen und diesen anhand „fiktiver“ Mangelbeseitigungskosten zu berechnen. Eine Beseitigung des Schadens muss tatsächlich nicht durchgeführt werden.

Für die Rechtspraxis kommt es daher künftig entscheidend auf die Einordnung des Immobiliengeschäfts als Kauf- oder als Werkvertrag an. Ist das besagte Immobiliengeschäft als Immobilienkaufvertrag zu qualifizieren, kann fiktiver Schadensersatz bei Mängeln vom Käufer verlangt werden. Ist dies nicht der Fall und liegt rechtlich ein Werkvertrag vor, so ist das Verlangen von fiktivem Schadensersatz unzulässig.

Mietzinszahlungspflicht des Gewerbemieters bei coronabedingter Schließungsanordnung

OLG Karlsruhe, U.v. 24.02.2021 - 7 U 109/20

LEITSATZ

1. Eine allgemeine coronabedingte Schließungsanordnung begründet keinen Sachmangel des Mietobjekts, der einen Mieter zur Minderung der Miete berechtigt.*
2. Eine Unzumutbarkeit der vollständigen Mietzahlung kann in solchen Fällen aber unter dem Gesichtspunkt eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage grundsätzlich in Betracht kommen.*
3. Dies setzt jedoch voraus, dass die Inanspruchnahme des Mieters zu einer Vernichtung seiner Existenz führen oder sein wirtschaftliches Fortkommen zumindest schwerwiegend beeinträchtigen würde und auch die Interessenlage des Vermieters eine Vertragsanpassung erlaubt.*

PRAXISHINWEIS

Der vom OLG Karlsruhe entschiedene Fall hatte eine coronabedingte Schließungsanordnung gegenüber einem Filialgeschäft zum Gegenstand. Dieses Filialgeschäft war Bestandteil einer Ladenkette und wurde in gemieteten Geschäftsräumen betrieben. Die Vermieterin nahm die Mieterin auf Mietzinszahlung in Anspruch. Dies, nachdem die Mieterin ankündigte, während der Zeit einer coronabedingten Schließungsanordnung die Gewerbemiete nicht bezahlen zu wollen. Das erstinstanzlich angerufene Landgericht Heidelberg hatte der Klage auf Zahlung von Ge-

werbemietzinsen stattgegeben. Dies mit der Begründung, dass die behördliche Schließungsanordnung die Tauglichkeit der Mietsache zum vertragsgemäßen Gebrauch nicht aufhebe und diese auch nicht mindere. Hoheitliche Maßnahmen, die zu einer Gebrauchsbeschränkung führten, begründeten nur dann einen Mangel der Mietsache, wenn sie unmittelbar mit der konkreten Beschaffenheit, dem Zustand oder der Lage der konkreten Mietsache im Zusammenhang stünden. Dies sei vorliegend nicht der Fall. Das gegen dieses Urteil von der Mieterin angerufene OLG Karlsruhe weist die Berufung der Mieterin zurück. Ebenso wie das erstinstanzliche Urteil des Landgerichts Heidelberg stellt das OLG Karlsruhe in zweiter Instanz fest, dass ein Mangel der Mietsache nicht vorliege. Auch eine Anpassung des Vertrages nach der Neuregelung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 1 BGB schloss das OLG Karlsruhe im entschiedenen Fall aus. Zwar schafft die Neuregelung des § 313 Abs. 1 BGB in Art. 240 § 7 EGBGB eine tatsächliche Vermutung dafür, dass sich ein Umstand i. S. v. § 313 Abs. 1 BGB bei coronabedingten Schließungsanordnungen

nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert hat. Diese neue Vermutungsregelung ändert hingegen nichts an der nach wie vor für einen Wegfall der Geschäftsgrundlage erforderlichen Unzumutbarkeit am Festhalten am Vertrag im Einzelfall. Diese Unzumutbarkeit wird von der Vermutungsregelung nicht erfasst. So ist – wie zuvor – im Rahmen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu prüfen, wie erheblich die Umsätze des Mieters infolge der coronabedingten Schließungsanordnung zurückgegangen sind, ob der Mieter öffentliche oder sonstige Zuschüsse erhalten hat, ob er Aufwendungen erspart hat (z. B. wegen Kurzarbeitergeld oder weggefallenem Wareneinkauf) und ob seine Existenz gefährdet ist. Dies wurde im entschiedenen Fall vom OLG Karlsruhe verneint. Ein Überschreiten der Opfergrenze, d.h. das Vorliegen einer drohenden Existenzgefährdung, konnte in Bezug auf das Filialgeschäft der Ladenkette nicht festgestellt werden. Daher wies das OLG Karlsruhe die Berufung der Mieterin zurück.

Theißen Stollhoff & Partner mbB
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT



– INTERN –

➤ **TSP – Anwaltsbereich wächst weiter**

Zum 01.04.2021 wechselte Frau RAin **Hedwig Lipphardt** zu TSP. Sie ist Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht. Als erfahrene Rechtsanwältin im Immobilien-, Bau- und Architektenrecht wird sie das Bau- und Projektgeschäft von TSP unterstützen. Wir begrüßen Frau RAin Lipphardt im Anwaltsteam.

➤ **TSP – Fachveröffentlichungen**

RA Dr. Frank Stollhoff hat für den Verband der Immobilienverwalter Deutschland (VDIV) die aktuelle Rechtsprechung zur Neuregelung der Geschäftsgrundlage im Gewerberaummietrecht bei coronabedingten Schließungen kommuniziert.

Die Rechtsanwälte von TSP erarbeiten zudem gegenwärtig ein Fachbuch zum Umbau und zur Umnutzung von Gewerbeimmobilien. Das Thema ist aktuell von hoher Praxisrelevanz.

Darüber hinaus erscheint in Kürze die Neubearbeitung des Praxiskommentars zur HOAI 2021 von Theißen/Pöhlker/Adrians/Böttcher in ihrer 5. Auflage. Die Neubearbeitung umfasst insbesondere die HOAI-Novelle 2021, die neuen Regelungen zum Architekten- und Ingenieurhonorar, Hinweise zur Vergabe von Planerleistungen, die aktuelle Rechtsprechung zur HOAI und die TSP-Teilleistungstabellen zur HOAI 2021.

Im zweiten Quartal 2021 wird ferner das Standardwerk zum Vergaberecht, der Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Bd. 4 Vergaberecht II, in 3. Auflage 2021 erscheinen. RA Dr. Frank Stollhoff hat hierin Kernbereiche des Vergabeverfahrens, nämlich Abschnitt 1, §§ 12, 12a, 13, 14, 14a, 15 VOB/A, Abschnitt 2, §§ 12 EU, 12a EU, 13 EU, 14 EU, 15 EU VOB/A, und Abschnitt 3, §§ 12 VS, 12a VS, 13 VS, 14 VS, 15 VS VOB/A, kommentiert.



Auf einen Blick

Checkliste für öffentliche Auftraggeber: Prüfung und Wertung der Angebote im Vergabeverfahren

1. Stufe: Formale Prüfung

- Das Angebot ist fristgerecht eingegangen.
- Das Angebot ist unterschrieben bzw. bei digitalen Angeboten: der Erklärende ist erkennbar und das Angebot ist - wie vorgegeben - signiert.
- Eintragungen des Bieters (Preise, Erklärungen) sind zweifelsfrei.
- Das Angebot enthält keine unzulässigen Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen.
- Das Angebot enthält die erforderlichen Preisangaben bzw. fehlende unwesentliche Preisangaben wurden auf Nachforderung - soweit zulässig - ergänzt.
- Die selbstgefertigte Kurzfassung bzw. Abschrift des Leistungsverzeichnisses ist vollständig.
- Das geforderte Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen liegt vor bzw. wurde - soweit zulässig - auf Nachforderung fristgemäß vorgelegt.
- Die geforderte Erklärung der Bietergemeinschaft liegt vor bzw. wurde - soweit zulässig - auf Nachforderung fristgemäß vorgelegt.
- Das Angebot enthält alle sonstigen geforderten Erklärungen, Nachweise und Unterlagen bzw. diese wurden - soweit zulässig - auf Nachforderung fristgemäß vorgelegt.
- Erklärungen, Unterlagen oder Nachweise, deren Vorlage sich der Auftraggeber vorbehalten hat, wurden auf Anforderung fristgemäß vorgelegt.
- Es handelt sich nicht um ein nicht zugelassenes Nebenangebot.
- Es handelt sich nicht um ein nicht zugelassenes weiteres Hauptangebot.
- Es liegt kein sonstiger Ausschlussgrund vor (z.B. vorsätzlich unzutreffende Erklärungen, Insolvenzverfahren, Liquidation, nachweislich schwere Verfehlung).

2. Stufe: Eignungsprüfung (Fachkunde, Leistungsfähigkeit) bei Öffentlicher Ausschreibung oder Offenem Verfahren

- Es liegen keine Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB vor bzw. es liegt ein Nachweis ausreichender Selbstreinigungmaßnahmen vor.
- Der Bieter ist fachkundig und leistungsfähig. Die bekanntgemachten Eignungsanforderungen werden erfüllt.
- Registerabfragen sind, soweit erforderlich, erfolgt.

3. Stufe: Rechnerische, technische und wirtschaftliche Prüfung der Angebote

Rechnerische Prüfung:

- Es liegen nur korrigierbare Rechen- oder Übertragungsfehler vor.
- Preisnachlässe ohne Bedingung sind an bezeichneter Stelle aufgeführt.

Technische Prüfung:

- Das Angebot bzw. das zugelassene Nebenangebot entspricht qualitativ und quantitativ den Anforderungen der Leistungsbeschreibung bzw. den Mindestanforderungen.

Wirtschaftliche Prüfung:

- Es liegen keine Zweifel über die Angemessenheit der Angebotspreise, insbesondere keine Feststellungen einer vorgenommenen Mischkalkulation vor.
- Es liegt kein unangemessen hoher oder niedriger Preis vor bzw. es ist kein Ausschluss nach erfolgter Aufklärung und Prüfung der Preisbildung erfolgt.

4. Stufe: Wertung des Angebotes

- Preis als einziges Zuschlagskriterium: Das wirtschaftlichste Angebot ist das preislich günstigste.
- Das wirtschaftlichste Angebot ist das mit dem besten Preis-Leistungsverhältnis auf Grundlage einer Bewertung entsprechend den vorgegebenen Zuschlagskriterien.