

Newsletter

TSP Theißen Stollhoff & Partner mbB Rechtsanwaltsgesellschaft

Baurecht, Vergaberecht, Immobilienrecht, Architekten- und Ingenieurrecht

Baurecht

Mangelrüge erfasst alle Ursachen für die bezeichneten Symptome des Mangels

BGH, B.v. 24.08.2016 – VII ZR 41/14

LEITSATZ

1. Ein Mangel ist ausreichend bezeichnet, wenn der Auftraggeber Symptome des Mangels benennt. In diesem Fall sind immer alle Ursachen für die bezeichneten Symptome von der Mangelrüge erfasst.
2. Das gilt auch, wenn die angegebenen Symptome des Mangels nur an einigen Stellen aufgetreten sind, während ihre Ursache und damit der Mangel des Werks in Wahrheit das ganze Gebäude erfasst.

PRAXISHINWEIS

In einem Klageverfahren des Auftragnehmers gegen den Auftraggeber über restlichen Werklohn macht der Auftraggeber im Rahmen einer Hilfswiderklage Schadensersatzansprüche wegen mangelhafter Leistungen des Auftragnehmers geltend.

In den Mangelrügen hatte der Auftraggeber die Undichtigkeit einer weißen Wanne für bestimmte Bereiche der Tiefgaragen sowie der Aufzugsschächte angezeigt. Mit der Hilfswiderklage macht der Auftraggeber im Prozess einen Schadensersatzanspruch wegen der Undichtigkeit im Gesamtbereich des Untergeschosses geltend.

Das OLG hatte die Hilfswiderklage des Auftraggebers wegen Verjährung des Schadensersatzanspruchs abgewiesen und dies damit begründet, es liege keine fristgerechte Rüge für den Gesamtbereich des Untergeschosses in Bezug auf Mängel der weißen Wanne vor.

Die Nichtzulassungsbeschwerde des Auftraggebers hat hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs wegen der Undichtigkeit der weißen Wanne Erfolg. Der Bundesge-

Editorial

Die Ausgabe 2-2016 des TSP-Newsletters enthält wichtige neue Entscheidungen zum Bau-, Architekten- und Vergaberecht.

Hervorzuheben sind hier das Urteil des BGH vom 16.06.2016 zur Unwirksamkeit der Sicherungsabrede einer Vertragserfüllungsbürgschaft sowie das Urteil vom 02.06.2016 zur Länge der Verjährungsfristen bei der Errichtung von Photovoltaikanlagen.

Von Bedeutung für das Architektenrecht ist ferner das Urteil des BGH vom 14.07.2016 zum Mitverschulden des Auftraggebers.

„Auf einen Blick“ enthält eine Zusammenfassung der Neuregelungen des Abschnitts 1 der VOB/A.

Wir wünschen Ihnen eine interessante Lektüre.

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

Inhalt

Aktuelles aus der Rechtsprechung	1
Nachrichten aus der Bau- und Immobilienwirtschaft	
➤ Bundesratsinitiative zur Reform der Grundsteuer	3
➤ HOAI – EU-Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland	8
➤ BMWi-Diskussionsentwurf zur Unterschwellenvergabeordnung	11
➤ Gesetzentwurf zum Sachkundenachweis für Makler und Verwalter	13
TSP – Intern	14
Auf einen Blick	
Neufassung des Abschnitts 1 der VOB/A	15

richtshof rügt die Entscheidung des Berufungsgerichts zur Verjährung der Schadensersatzansprüche als fehlerhaft.

Wie der BGH im Beschluss vom 24.08.2016 ausführt, ist ein Mangel nach ständiger Rechtsprechung ausreichend bezeichnet, wenn der Auftraggeber Symptome des Mangels benennt. In diesem Fall sind alle Ursachen für die bezeichneten Symptome von der Mangelrüge erfasst. Dies gilt auch, wenn die angegebenen Symptome des Mangels nur an einigen Stellen aufgetreten sind, während ihre Ursache und damit der Mangel des Werkes in Wahrheit das ganze Gebäude erfasst.

Da der Auftraggeber vorliegend die Undichtigkeit der weißen Wanne für Bereiche der Tiefgarage und der Aufzugsschächte gerügt hatte, ist die Mangelrüge nicht auf die bezeichneten Teilbereiche der weißen Wanne beschränkt. Schadensersatzansprüche des Auftraggebers sind daher nicht verjährt.

Bei Mangelrügen ist der Mangel seiner Erscheinung nach anzugeben. Der Auftraggeber kann sich auch darauf beschränken, die Symptome anzuführen, aus denen er die Mangelhaftigkeit der Bauleistung herleitet. Nach der Rechtsprechung sind mit der Bezeichnung der Mangelsymptome auch Mangelerscheinungen an anderen Stellen erfasst, wenn diese auf dieselbe Ursache der angezeigten Symptome zurückzuführen sind.

In einer Mangelanzeige sind demgegenüber keine Angaben zu etwaigen Ursachen für die Mangelerscheinungen erforderlich. Sofern gleichwohl Mangelursachen angeführt werden, ist es unschädlich, wenn später tatsächlich eine andere Ursache festgestellt wird und die in der Mangelanzeige bezeichnete Ursache demnach unzutreffend ist.

Unwirksame Sicherungsabrede

BGH, U.v. 16.06.2016 - VII ZR 29/13

LEITSATZ

Abschlagszahlungsregelungen, die vorsehen, dass der Auftraggeber trotz vollständig erbrachter Werkleistung einen Teil des Werklohns einbehalten darf, können zur Unwirksamkeit einer Sicherungsabrede betreffend eine Vertragserfüllungsbürgschaft führen, wenn sie in Verbindung mit dieser bewirken, dass die Gesamtbelastung durch die vom Auftragnehmer zu stellenden Sicherheiten das Maß des Angemessenen über-

schreitet (Anschluss an BGH, Urteil vom 09.12.2010 - VII ZR 7/10, BauR 2011, 677 = NZBau 2011, 229 = IBR 2011, 138).

PRAXISHINWEIS

Der klagende Auftraggeber nahm die Bürgin aus einer Vertragserfüllungsbürgschaft in Anspruch. Der Vertrag zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer sah die Verpflichtung zur Stellung einer Vertragserfüllungsbürgschaft in Höhe von 5 % der Bruttoauftragssumme vor. Für die Abschlagszahlungen hatten die Parteien neben einem Zahlungsplan u.a. vereinbart, dass die letzten drei Abschlagszahlungen erst nach mangelfreier Fertigstellung des Objekts fällig werden.

In seinem Urteil führt der Bundesgerichtshof aus, dass die vertraglichen Regelungen hinsichtlich der Abschlagszahlungen in einer Gesamtschau mit der Sicherungsabrede zu betrachten sind. Da die letzten drei Abschlagszahlungen von der mangelfreien Fertigstellung des Objekts abhängig waren, wäre der Auftraggeber berechtigt, trotz Fertigstellung des Bauwerks einen Teil des Werklohns zur Sicherung seiner vertraglichen Ansprüche einzubehalten. Da der Auftragnehmer zusätzlich die Vertragserfüllungsbürgschaft zu stellen hatte, die ebenfalls der Sicherung der vertraglichen Ansprüche diene, überschreitet die Gesamtbelastung des Auftragnehmers das Maß des Angemessenen.

Weil das Berufungsgericht keine Feststellungen darüber getroffen hatte, ob unter Zugrundelegung des vereinbarten Zahlungsplans ein angemessener Ausgleich anzunehmen ist, hat der Bundesgerichtshof das Verfahren an das OLG München zurückverwiesen.

Mängel an einer Dach-Photovoltaikanlage

BGH, U.v. 02.06.2016 - VII ZR 348/13

LEITSATZ

1. Die (lange) Verjährungsfrist des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB von fünf Jahren für Arbeiten bei Bauwerken findet für die nachträgliche Errichtung einer Photovoltaikanlage auf dem Dach einer Tennishalle Anwendung, wenn die Photovoltaikanlage zur dauernden Nutzung fest eingebaut wird, der Einbau eine grundlegende Erneuerung der Tennishalle darstellt, die einer Neuerrichtung

* Kein amtlicher Leitsatz

BUNDESRATSINITIATIVE ZUR REFORM DER GRUNDSTEUER

Die Mehrheit der Bundesländer beabsichtigt eine Reform der Grundsteuer auf der Grundlage eines Bundesgesetzes und will hierzu in einem ersten Schritt die Bemessungsgrundlage für die Grundsteuer neu regeln. Im Bereich des Grundvermögens soll ein grundlegend neues Bewertungsverfahren geschaffen werden. Dabei ist auch ein Wechsel des Bewertungsziels – weg vom gemeinen Wert, hin zu einem Kostenwert – vorgesehen. In dem neuen Modell soll sich die Höhe der Steuer nach der Größe des Grundstücks sowie nach Alter und Fläche vorhandener Bauten richten. Dafür sollen bis 2022 rund 35 Mio. Grundstücke neu bewertet werden. Schätzungen zufolge könnte sich die Steuer in Einzelfällen verfünffachen. Damit stellt diese Reform eine grundlegende Neukonzeption der Grundsteuer dar.

Für eine solche grundlegende Neukonzeption wird teilweise angezweifelt, ob dem Bund nach der geltenden Rechtslage die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz zusteht. Der Gesetzentwurf sieht daher zunächst eine Änderung des Grundgesetzes vor, um dem Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für die Grundsteuer – und damit auch für die zur Grundsteuer gehörenden Bewertungsregelungen – ausdrücklich zu übertragen. Darüber hinaus wird den Ländern die Kompetenz zur Bestimmung eigener, jeweils landesweit geltender Steuermesszahlen grundgesetzlich eingeräumt.

gleich zu achten ist, und die Photovoltaikanlage der Tennishalle dient, indem sie eine Funktion für diese erfüllt.

2. Eine auf dem Dach einer Tennishalle nachträglich errichtete Photovoltaikanlage erfüllt eine Funktion für die Tennishalle, wenn die Tennishalle aufgrund einer Funktionserweiterung zusätzlich Trägerobjekt einer Photovoltaikanlage sein soll. Unerheblich ist, dass die Photovoltaikanlage der Stromversorgung der Tennishalle nicht dient (Fortführung von BGH, IBR 1998, 13; Abweichung von BGH, IBR 2014, 110).

PRAXISHINWEIS

Knapp fünf Jahre nach Errichtung einer Photovoltaikanlage auf dem Dach einer Tennishalle macht der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer einen Minderungsanspruch wegen mangelhafter Leistung geltend. Der Auftragnehmer erhebt dagegen die Einrede der Verjährung. Wie das Berufungsgericht ist auch der BGH der Auffassung, dass die Mängelrechte des Auftraggebers in einer Frist von fünf Jahren ab der Abnahme verjähren und der Auftraggeber rechtzeitig verjährungshemmende Maßnahmen ergriffen hat, sodass der Anspruch nicht verjährt ist.

Für die Verjährung des Minderungsanspruchs kommt es darauf an, ob es sich bei dem Vertrag um einen Werkvertrag oder um einen Kaufvertrag mit Montageverpflichtung handelt.

Wie der BGH in seiner Entscheidung darlegt, stellt der Einbau der Photovoltaikanlage wegen

der erheblichen Eingriffe in das Dach und in die Gebäudeaußenhaut eine grundlegende Erneuerung der Tennishalle dar. Durch die Vielzahl der Eingriffe in die Gebäudesubstanz, die schwere Erkennbarkeit von Mängeln durch aufeinander abgestimmte Arbeiten und die der Witterung ausgesetzte Nutzung liege eine typische Risikolage vor, die den Gesetzgeber veranlasst habe, für Arbeiten bei einem Bauwerk eine Verjährungsfrist von fünf Jahren vorzusehen. Ferner erfülle die Anlage eine Funktion für die Tennishalle, weil die Halle jetzt auch dazu bestimmt sei, Trägerobjekt für die Anlage zu sein. Aus den vorgenannten Gründen ist der Vertrag als Werkvertrag und nicht als Kaufvertrag mit Montageverpflichtung zu werten.

Fehlende bauaufsichtliche Zulassung von Bauteilen

OLG Köln, U.v. 16.03.2016 - 16 U 63/15 (nicht rechtskräftig)

LEITSATZ

Der Auftragnehmer schuldet die Herstellung eines auch in bauordnungsrechtlicher Hinsicht mangelfreien Werks. Sofern eine Nachbesserung nicht dazu führt, dass die Voraussetzungen für eine baurechtliche Genehmigung erfüllt werden, ist dem Auftraggeber diese Art der Nachbesserung nicht zumutbar.*

PRAXISHINWEIS

In dem zugrunde liegenden Fall geht es um gravierende, die Standsicherheit beeinträchtigende Mängel. Der Auftraggeber verlangt die Kosten für Abriss und Neubau als Schadensersatz. Dagegen wendet der beklagte Auftragnehmer ein, die Standsicherheit könne durch Nachbesserungsmaßnahmen hergestellt werden. Ausweislich der Feststellungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen kann die Standsicherheit durch Nachbesserungsmaßnahmen hergestellt werden. Wegen der Verwendung von nicht zugelassenen Baustoffen verbleibt jedoch ein Mangel des Bauwerks.

Nachdem das Landgericht die Klage abgewiesen hatte, wird der Auftragnehmer in zweiter Instanz zur Zahlung von Schadensersatz verurteilt. Das OLG Köln verweist in seinem Urteil darauf, dass der Unternehmer nicht nur die Herstellung eines standsicheren, sondern eines insgesamt mangelfreien Werks schuldet. Zwar führe eine Nachbesserung zur Standsicherheit des Gebäudes, jedoch verbleibe ein Mangel, weil das Gebäude auch nach Durchführung der Nachbesserungsmaßnahmen in wesentlichen Teilen aus bauaufsichtlich nicht zugelassenen Baustoffen bestehe, sodass die Voraussetzungen für eine baurechtliche Genehmigung nicht vorliegen. Aus diesem Grund sei dem Auftraggeber eine Nachbesserung nicht zumutbar.

Kein Mitverschulden des Bauherrn bei Hinweispflichtverletzung des Folgegewerks

OLG Celle, U.v. 02.12.2015 – 7 U 75/15

LEITSATZ

1. Die Mängelhaftung des (Bau-)Unternehmers ist verschuldensunabhängig. Der Unternehmer haftet für Mängel deshalb unabhängig davon, auf welchem Umstand der Mangel beruht.*
2. Ein Verstoß des Nachfolgeunternehmers (hier: des Fliesenlegers) gegen seine Prüfungs- und Hinweispflicht bezüglich des Vorgewerks (hier: der Vorschalenbeplankung) ist dem Bauherrn nicht als Mitverschulden anzurechnen. Denn der nachfolgende Unternehmer ist im Verhältnis zu dem ersten Handwerker kein Erfüllungsgehilfe des Bauherrn.*

PRAXISHINWEIS

Das Urteil des OLG Celle behandelt klassische Themen des privaten Baurechts: Der klagende Bauherr beehrte von dem beklagten Unternehmer Vorschuss für Mangelbeseitigungskosten, die im Rahmen eines vorangegangenen selbständigen Beweisverfahrens festgestellt worden waren. U.a. lagen Mängel in Form einer instabilen einschaligen Vorschalenbeplankung vor. Der Bauunternehmer versuchte, sich im Verfahren dadurch zu entlasten, dass das Folgewerk (Fliesenlegearbeiten) seiner Prüf- und Hinweispflicht nicht nachgekommen sei, was wiederum sich der Bauherr anlasten lassen müsse.

Das OLG Celle stellt im Urteil klar, dass dahinstehen kann, ob der Nachfolgeunternehmer (Fliesenleger) die Unzulänglichkeiten der Trockenbauarbeiten des Bauunternehmers für die nachfolgende Verfließung hätte erkennen können. Denn rechtlich wäre ein etwaiger Verstoß des Nachfolgeunternehmers gegen seine Prüf- und Hinweispflicht bzgl. des Folgewerks dem Bauherrn nicht als Mitverschulden anzurechnen. Der Bauunternehmer kann eine Mitverantwortung des Bauherrn nicht darauf stützen, dass der nachfolgende Unternehmer seine Prüf- und Hinweispflicht verletzt hat. Denn der Nachfolgeunternehmer ist im Verhältnis zum ersten Handwerker nicht Erfüllungsgehilfe des Bauherrn.

Etwaige Pflichtverletzungen des Nachfolgeunternehmers (Fliesenleger) im Hinblick auf die Eignetheit der Trockenbauarbeiten für die Fliesenarbeiten könnten allenfalls dazu führen, dass beide Unternehmer gegenüber dem Bauherrn jeweils in voller Höhe als Gesamtschuldner haften.

§ 648a BGB-Sicherheit

OLG Hamm, U.v. 03.06.2016 - 12 U 99/15

LEITSATZ

Die Sicherungsabtretung von Forderungen stellt regelmäßig keine ausreichende Sicherheit im Sinne des § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB dar. Ihre Rückgewähr ist grundsätzlich erst nach Erhalt der Bauhandwerkersicherheit geschuldet.*

PRAXISHINWEIS

Das Urteil des OLG Hamm betrifft den Anspruch des Auftragnehmers auf Stellung einer Sicherheit nach § 648a BGB. Der Auftraggeber hatte die

Auffassung vertreten, im Hinblick auf eine Sicherungsabtretung verfüge der Auftragnehmer über ausreichende Sicherheit.

Wie das OLG Hamm ausführt, ist die Abtretungsvereinbarung zwar wirksam, jedoch können durch die vereinbarten Sicherheiten die Befugnisse des Auftragnehmers nach § 648a BGB nicht eingeschränkt werden. Daher schließt die Sicherungsabtretung – vorliegend die Abtretung eines Kontoguthabens – den Anspruch des Auftragnehmers auf eine Sicherheit gemäß § 648a BGB nicht aus.

Anspruch auf Kostenvorschuss

OLG Celle, U.v. 03.03.2016 - 16 U 129/15

LEITSATZ

Verlangt der Besteller Kostenvorschuss für die Mängelbeseitigung, kommt es auf die Abnahme der Werkleistung nicht an.

PRAXISHINWEIS

Die Parteien streiten über einen Kostenvorschussanspruch des Auftraggebers wegen mangelhafter Leistungen. Die Voraussetzungen einer Abnahme konnten durch eine in erster Instanz durchgeführte Beweisaufnahme nicht festgestellt werden.

Das OLG Celle führt in seinem Urteil aus, dass eine fehlende Abnahme dem Kostenvorschussanspruch des Auftraggebers nicht entgegensteht. Auf die Abnahme komme es nicht mehr an, weil sich der Vertrag im Abrechnungsverhältnis befindet. Ein Abrechnungsverhältnis bestehe nicht nur in den Fällen, in denen der Auftraggeber auf Geld gerichtete Gegenansprüche wie Schadensersatz oder Minderung erhebt. Vielmehr seien die Grundsätze der Rechtsprechung zum Vorliegen eines Abrechnungsverhältnisses auch dann anzuwenden, wenn der Auftraggeber einen Kostenvorschuss und damit einen auf Geldzahlung gerichteten Anspruch geltend macht.

Ergänzend ist zu berücksichtigen, dass es auf die Abnahme auch für die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs nicht mehr ankommt, wenn der Auftraggeber einen auf Geldzahlung gerichteten Anspruch geltend macht. Da sich das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis umwandelt, wird der Vergütungsanspruch daher in dieser Konstellation auch ohne Abnahme fällig.

AKTUELLE FACHBÜCHER VON TSP:



SektVO – Sektorenverordnung kompakt

Handbuch zur Vergabe öffentlicher Aufträge in den Bereichen Verkehr, Energieversorgung und Trinkwasserversorgung

Dr. Rolf Theißen,
Dr. Frank Stollhoff

1. Auflage 2016, 292 Seiten
ISBN 978-3-410-26010-3
Beuth Verlag



Die neue Bauvergabe

Textausgabe mit Schnelleinstieg zu VOB, VgV und GWB

Dr. Rolf Theißen,
Dr. Frank Stollhoff

1. Auflage 2016, 453 Seiten
ISBN 978-3-8073-2574-3
::rehm



Rechtsfragen der Technischen Ausrüstung

Leistungsinhalte, Honorierung nach HOAI und Verträge

Dr. Rolf Theißen,
Dr. Eva Reininghaus

1. Auflage 2016, 298 Seiten
ISBN 978-3-410-25586-4
Beuth Verlag



Beck'scher Kommentar: HOAI – Honorarordnung für Architekten und Ingenieure

Korbion/Mantscheff/Vygen (Hrsg.)

Bearbeitet u.a. von
Dr. Rolf Theißen
(Abschnitt 3: Objektplanung
Ingenieurbauwerke)

9., neubearbeitete und erweiterte Auflage 2016, 1616 Seiten
ISBN 978-3-406-66441-0
C.H.BECK

Sicherheitsklauseln im HVA/B-StB

OLG Frankfurt, U.v. 12.05.2016 - 22 U 34/15

LEITSATZ

Die Regelungen in Ziff. 110.1 HVA/B-StB (Stand 4/10)

„Sicherheit für Vertragserfüllung ist bei einem Auftrag im offenen Verfahren oder in einer öffentlichen Ausschreibung von mehr als 250.000,- Euro (ohne USt) in Höhe von 5 % der Auftragssumme (ohne Nachträge) zu leisten.“

in Verbindung mit den Regelungen in Ziff. 110.2 HVA/B-StB (Stand 4/10)

„Die Sicherheit für Vertragserfüllung ist auf Verlangen des Auftragnehmers nach Abnahme gegen eine Sicherheit für Mängelansprüche in Höhe von 3 % der Abrechnungssumme auszutauschen. Sind noch festgestellte Mängel zu beseitigen, erhöht sich die Sicherheit um den zweifachen Betrag der voraussichtlichen Aufwendungen für die Mängelbeseitigung.“

benachteiligen den Auftragnehmer i.S.d. § 307 BGB unangemessen und sind deshalb unwirksam.*

PRAXISHINWEIS

Der Auftragnehmer verlangt vom Auftraggeber die Herausgabe der Vertragserfüllungsbürgschaft, mit der die Erbringung von Tiefbauleistungen an einer Ortsdurchfahrt abgesichert wurden. Gegenstand des zwischen den Parteien geschlossenen VOB/B-Bauvertrages war hierbei auch das Regelwerk des Handbuchs für die Vergabe und Ausführung von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau (HVA/B-StB Stand 4/10). In den Besonderen Vertragsbedingungen, die bereits im Angebot aufgeführt waren, war zusätzlich vereinbart worden, dass die Sicherheitsleistung in Abweichung von 110.1 ZVB/E-StB für Mängelansprüche 5 % der Bruttoabrechnungssumme beträgt. Die Parteien streiten nun darüber, ob die der Bürgschaftshingabe zugrundeliegenden Regelungen der Ziff. 110.1 und Ziff. 110.2 HVA/B-StB wirksam sind.

Das OLG Frankfurt bejaht den Herausgabeanpruch des Auftragnehmers, weil die vertraglichen Grundlagen für die Hingabe der Bürgschaft, insbesondere die Regelungen in Ziff. 110.1 HVA/B-StB in Verbindung mit Ziff. 110.2 HVA/B-StB den Auftragnehmer i.S.d. § 307 BGB unangemessen benachteiligen und deshalb unwirksam sind.

Nach Ansicht des OLG Frankfurt ist die Klausel zu Ziffer 110.2 schon deshalb unwirksam, weil sich daraus eine Sicherheitsleistung in unbestimmter Höhe ergeben kann. Die Klausel sieht zwar vor, dass die Vertragserfüllungsbürgschaft nach der Abnahme des Werks auf Anfordern des Auftragnehmers durch eine Gewährleistungsbürgschaft in Höhe von 3 % (hier durch die Besonderen Vertragsbedingungen auf 5 % geändert) der Abrechnungssumme ersetzt werden kann. Durch die Formulierung „sind noch festgestellte Mängel zu beseitigen, erhöht sich die Sicherheit um den zweifachen Betrag der voraussichtlichen Aufwendungen für die Mängelbeseitigung“ ergibt sich aber nach Meinung des OLG Frankfurt, dass nicht lediglich die Vertragserfüllungsbürgschaft durch eine Gewährleistungsbürgschaft ausgetauscht werden kann. Vielmehr hat der Auftraggeber die Möglichkeit, zusätzlich zu der Summe von hier 5 % eine Erhöhung der Bürgschaft um das Doppelte der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten zu verlangen. Es besteht – so das OLG Frankfurt – durchaus die realistische Möglichkeit, dass der zweifache Betrag voraussichtlicher Aufwendungen für Mängelbeseitigungen den Bereich von 2 % der Abrechnungssumme erreichen kann. Eine Gesamtsicherung von insgesamt 7 % würde allerdings das Sicherungsinteresse des Auftraggebers übersteigen (vgl. BGH, Urteil vom 01.10.2014 - VII ZR 164/12).

Diese Regelung ermöglicht es dem Auftraggeber zudem, die Vertragserfüllungsbürgschaft solange zurückzuhalten, bis die Höhe der dem Auftragnehmer zustehenden Forderung hinsichtlich etwaiger Mängel feststeht. Auf diese Weise werden jedenfalls bis zu diesem Zeitpunkt entstandene Gewährleistungsansprüche über die Vertragserfüllungsbürgschaft in unzulässiger Weise mitgesichert (vgl. BGH, Urteil vom 05.05.2011 - VII ZR 179/10).

Eine solche Klausel hat eine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers zur Folge, weil der Umfang der nach Abnahme der Werkleistung für Gewährleistungsansprüche des Auftraggebers zu stellenden Sicherheiten 5 % der Abrechnungssumme deutlich überschreitet. Dies ist beispielsweise bereits dann der Fall, wenn die Auftragssumme deutlich über der Abrechnungssumme liegt, sodass bei Weitergeltung der Vertragserfüllungsbürgschaft als Gewährleistungsbürgschaft nicht nur eine Sicherung in Höhe von 5 % der Abrechnungssumme, sondern der Auftragssumme erfolgen würde.

Nach Ansicht des OLG Frankfurt kommt schließlich hinzu, dass die Umwandlung einer Erfüllungsbürgschaft nach Abnahme des Werks gewährleistet sein muss. Nach der Rechtsprechung sind daher Klauseln unzulässig, die dazu führen, dass Erfüllungsbürgschaften über den Abnahmezeitpunkt hinaus einbehalten werden (vgl. auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 06.08.2013 - 19 U 99/12; OLG München, IBR 2013, 539; LG Berlin, IBR 2013, 275). Dass der Auftragnehmer sein Austauschrecht wahrnimmt, darf ihm hierbei nicht zum Nachteil gereichen. Macht er aber vorliegend von seinem Austauschrecht Gebrauch, erhöht sich die Sicherheit mindestens um den zweifachen Betrag der voraussichtlichen Kosten der festgestellten Mängel, was sich dann sowohl auf die vor oder nach der Abnahme festgestellten Mängel bezieht.

Architektenrecht

Honoraransprüche zusätzlich zur Entschädigung aus dem Vergabeverfahren?

BGH, U.v. 19.04.2016 - X ZR 77/14

LEITSATZ

Hat sich ein Architekt oder Ingenieur an einem nach der Vergabeordnung für freiberufliche Dienstleistungen durchgeführten, dem Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen unterliegenden Vergabeverfahren beteiligt, in dem für über die Bearbeitung der Angebotsunterlagen hinausgehende Leistungen eine pauschale Vergütung als abschließende Zahlung vorgesehen ist, kann er die Bindung an diese Vergütung nur durch Rüge gegenüber dem Auftraggeber und Einleitung eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens beseitigen. Unterlässt er dies, stehen ihm keine weitergehenden Honoraransprüche für die in Rede stehenden Leistungen zu. Das gilt unabhängig davon, ob eine Vergütung als zu gering und deshalb nicht angemessen im Sinne von § 13 Abs. 3 VOF 2009 beanstandet wird, oder ob der Auftraggeber nach Ansicht des Bieters im Vergabeverfahren als Angebot nach der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure mit einem höheren Betrag zu vergütende Lösungsvorschläge für die Planungsaufgabe verlangt hat.*

PRAXISHINWEIS

Im zugrunde liegenden Fall vergab die Auftraggeberin im Rahmen eines EU-weiten Oberschwellenvergabeverfahrens nach VOF Planungsleistungen für Gleisanlagen. Die Bieter waren aufgefordert, ihrem Angebot eine Projektstudie beizulegen. Als Entschädigung für die Teilnahme am Vergabeverfahren und insbesondere für die Erstellung der Projektstudie sahen die Vergabeunterlagen eine Pauschale von € 6.000 (brutto) vor. Im Vergabeverfahren rügte die Bieterin die Höhe dieser Pauschale. Nach Zurückweisung der Rüge verfolgte sie ihr Begehren nicht in einem Nachprüfungsverfahren weiter, sondern erstellte das Angebot nebst der dazugehörigen Projektstudie. Den Zuschlag bekam sie nicht. Mit der Klage macht sie einen Honoraranspruch nach HOAI für die Erstellung der Projektstudie geltend. Der BGH lehnt diesen Honoraranspruch ab. Zunächst verweist er darauf, dass ein Honoraranspruch mangels eines Planungsvertrages nicht besteht. Mit dem Vergabeverfahren soll der Abschluss eines solchen Vertrages erst herbeigeführt werden.

Ein Anspruch auf ein über die € 6.000 (brutto) hinausgehendes Honorar ergibt sich nach Auffassung des BGH auch nicht aus den vergaberechtlichen Sondervorschriften des § 13 Abs. 3 und § 20 Abs. 3 VOF i.V.m. der HOAI. Diese Vorschriften sehen vor, dass für zusätzliche Leistungen (z.B. Ausarbeitung von Entwürfen, Lösungsvorschlägen und Plänen) im Rahmen des Vergabeverfahrens zusätzliche Honorare – auch solche nach der HOAI – gezahlt werden können. Der Anspruch auf ein zusätzliches Honorar nach diesen Vorschriften scheidet aber an der vom Bieter akzeptierten Festlegung des Pauschalhonorars von € 6.000 (brutto). Mit der Erstellung des Angebots nach Maßgabe der Vergabeunterlagen hat sich der Bieter rechtsgeschäftlich verbindlich mit dem Pauschalhonorar einverstanden erklärt. Von diesem Einverständnis im Vergabeverfahren kann er nachträglich nicht durch die Erhebung einer Klage auf Zahlung eines darüber hinausgehenden Honorars abrücken. Mit der Erstellung des Angebots nach Maßgabe der Vergabeunterlagen ist auch keine konkludente Abrede über die Vergütung von Mehraufwand zur Angebotserstellung über die verabredeten € 6.000 (brutto) hinaus, nach Maßgabe der HOAI zustande gekommen.

Der BGH lehnt es ferner ab, sich damit zu befassen, ob das Pauschalhonorar von € 6.000 (brutto)

HOAI – EU-VERTRAGSVERLETZUNGS- VERFAHREN GEGEN DEUTSCHLAND

Am 18.06.2015 hat die Europäische Kommission gegen sechs Mitgliedsstaaten, darunter auch gegen Deutschland, wegen der angeblich unzureichenden Einhaltung der EU-Dienstleistungsrichtlinie bei reglementierten Berufen das EU-Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet. Nach Ansicht der Europäischen Kommission ist die HOAI mit ihrer Mindestpreisbindung für die Honorierung von Architekten- und Ingenieurleistungen mit den Regelungen in Artikel 15 und 16 der EU-Dienstleistungsrichtlinie nicht vereinbar. Die Bundesregierung hat am 13.05.2016 auf die sog. "begründete Stellungnahme" der Europäischen Kommission, der 2. Stufe im Vertragsverletzungsverfahren, reagiert und die Argumente der Europäischen Kommission zurückgewiesen. Insbesondere ist die Bundesregierung der Auffassung der Europäischen Kommission entgegengetreten, dass die EU-Dienstleistungsrichtlinie auch in innerstaatliche Sachverhalte eingreife, also nicht lediglich grenzüberschreitende Wirkung entfalte. § 1 der HOAI bestimmt nämlich, dass die HOAI mit ihren verbindlichen Mindest- und Höchstsätze nur für Architekten und Ingenieure mit Sitz im Inland gilt. Unbeschadet hiervon ist die Bundesregierung der Ansicht, dass die HOAI auch mit EU-Recht vereinbar ist. Es steht zu erwarten, dass die Europäische Kommission nunmehr Klage vor dem EuGH gegen Deutschland wegen des Festhaltens an der HOAI erheben wird.

angemessen war. Die Festsetzung eines unangemessenen Pauschalhonorars bzw. die Festsetzung von Vergütungen, die gegen die HOAI verstoßen, sind nachprüfungsfähige Vergabeverstöße. Diese Frage hätte der Bieter im Vergabeverfahren durch die Inanspruchnahme des vergaberechtlichen Rechtsschutzes klären müssen. Ein „Dulde und Liquidiere“ in der Form, dass der Bieter zunächst sein Angebot erstellt, sich mit dem unangemessenen Pauschalpreis zufrieden gibt, um nach erfolglosem Ausgang des Vergabeverfahrens eine zusätzliche Vergütung auf dem Zivilrechtsweg einzuklagen, ist nicht gestattet. Die Bieter sind verpflichtet, Vergabeverstöße im Vergaberechtsweg zu klären. Für die Praxis – auch nach dem seit 16.04.2016 geltenden fast

gleichlautenden § 77 VgV – bedeutet das, dass Bieter unangemessene Pauschalhonorare oder Aufforderungen zu HOAI-widrigen Angeboten im Vergabeverfahren unter Beschreibung des vergaberechtlichen Rechtswegs aktiv angehen müssen. Der Gang zu den Zivilgerichten für Honorarforderungen aus durchgeführten Vergabeverfahren – ohne vorherigen Vergaberechtsschutz – wird nach dieser Entscheidung nicht mehr erfolgreich möglich sein.

Ansprüche gegen den Prüflingenieur

BGH, U.v. 31.03.2016 - III ZR 70/15

LEITSATZ

1. Der vom Bauherrn mit der Prüfung der Standsicherheit nach § 59 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 HBO 2002 und der Bauüberwachung gemäß § 73 Abs. 2 Satz 1 HBO 2002 beauftragte Sachverständige nimmt kein öffentliches Amt i.S.v. § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 34 Satz 1 GG wahr. Zwischen beiden Personen wird ein privatrechtlicher Werkvertrag geschlossen.
2. Dieser Werkvertrag bezweckt auch den Schutz des Bauherrn (Auftraggebers) vor Schäden aufgrund einer mangelhaften Baustatik. Er dient nicht allein dem Interesse der Allgemeinheit an der Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Bauordnungsrechts und ist nicht lediglich darauf gerichtet, eine Prüfbescheinigung zu erstellen, die gegenüber der Bauaufsichtsbehörde vorgelegt werden kann.

PRAXISHINWEIS

Ein Auftraggeber nimmt nach dem Bau eines in Hanglage befindlichen Hauses den vom ihm beauftragten Prüflingenieur auf Schadensersatz in Anspruch. Die hangseitige Kellerwand war nicht standsicher und nicht stabil genug geplant und ausgeführt worden. Infolgedessen war es zu Rissen, Verdrückungen und Auswölbungen an den gemauerten Kellerwänden gekommen. Das Gebäude hat sich insgesamt vom Hang weg zur Straße hin verschoben. Das OLG Frankfurt hatte die Klage des Auftraggebers auf Schadensersatz abgewiesen. Der Prüflingenieur habe mit seiner Tätigkeit als Sachverständiger ein öffentliches Amt im Sinne von § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB für die zuständige Bauaufsichtsbehörde ausgeübt. Die haftungsrechtliche Verantwortlichkeit treffe somit nicht den Prüflingenieur persönlich, sondern

den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er bei seiner Tätigkeit gestanden habe.

Dem folgt der BGH nicht. Nach Ansicht des BGH ist von einer privatrechtlichen Einordnung der Prüftätigkeit jedenfalls des nach der Hessischen Bauordnung 2002 vom Auftraggeber beauftragten Sachverständigen auszugehen. Der Auftrag des Prüfsachverständigen ist darauf gerichtet, etwaige statische Mängel zu erkennen und eine statisch fehlerhafte Bauausführung zu verhindern. Die Schutzrichtung des Vertrags des Auftraggebers mit dem Prüfsachverständigen liegt mindestens auch darin, den Eintritt von Schäden aufgrund einer mangelhaften Statik abzuwenden. Demgemäß kommt nach Ansicht des BGH auch eine vertragliche Haftung des Prüfsachverständigen gegenüber dem Auftraggeber in Betracht.

Die Beauftragung des Prüfsachverständigen mit der Prüfung der Statik ist in den Bauordnungen der einzelnen Bundesländer unterschiedlich geregelt. Sollte – anders als in dem vom BGH entschiedenen Fall – die Baurechtsbehörde die bautechnische Prüfung beauftragen, wird der Prüfsachverständigen hoheitlich tätig. Eine vertragliche Haftung des Prüfsachverständigen gegenüber dem Bauherrn scheidet dann regelmäßig aus.

Planungsleistungen für eine Gemeinde ohne schriftlichen Auftrag

OLG Braunschweig, U.v. 30.06.2016 - 8 U 97/15

LEITSATZ

1. Die Erteilung eines Planungsauftrags mit einem Auftragsvolumen von über 16.000 Euro ist bei einer Gemeinde mit ca. 50.000 Einwohnern kein (formfreies) Geschäft der laufenden Verwaltung.*
2. Die Grundsätze der Anscheins- oder Duldungsvollmacht finden in Fällen, in denen die gemeindliche Vertretungsregelung erkennbar missachtet wurde, keine Anwendung.*
3. Erbringt ein Architekt/Ingenieur für eine Gemeinde Planungsleistungen, obwohl er hierzu formell nicht ordnungsgemäß beauftragt wurde, steht ihm ein Anspruch auf Wertersatz zu, wenn beide Parteien wissen, dass die Auftragserteilung (vorläufig) unwirksam ist, der Architekt/Ingenieur seine Leistungen aber in der Erwartung erbringt, dass das Vertragsverhältnis künftig wirksam wird.*

PRAXISHINWEIS

Die vorliegende Entscheidung verdeutlicht anschaulich, dass der Planer bei der Erteilung eines Planungsauftrages durch die öffentliche Hand sorgfältig darauf zu achten hat, dass die öffentlich-rechtlichen Form- und Vertretungsregelungen penibel eingehalten werden. Mit der Leistungserbringung sollte stets erst nach wirksamer Beauftragung begonnen werden. Weder ist die spätere Berufung der Gemeinde auf den Form- bzw. Vertretungsmangel treuwidrig, noch kommen vorliegend die Grundsätze über die Anscheins- und Duldungsvollmacht oder eine Geschäftsführung ohne Auftrag zur Anwendung. Zwar hat das OLG Braunschweig dem Planer letztlich einen Anspruch auf Wertersatz aus ungerechtfertigter Bereicherung in Höhe der ortsüblichen Vergütung zugesprochen. Die Durchsetzung solcher bereicherungsrechtlicher Ansprüche ist in der Praxis aber schwierig.

Erhöhte Überwachungspflicht des Architekten

OLG Koblenz, U.v. 19.05.2016 - 1 U 204/14

LEITSATZ

1. Hat der Architekt auch die Bauaufsicht übernommen, ist das Bauwerk in angemessener und zumutbarer Weise zu überwachen und auf dessen plangerechte und mängelfreie Ausführung Bedacht zu nehmen.*
2. Bei wichtigen oder kritischen Baumaßnahmen, die erfahrungsgemäß ein besonders hohes Mängelrisiko aufweisen, ist der Architekt zu erhöhter Aufmerksamkeit und zu einer intensiv(er)en Wahrnehmung der Bauaufsicht verpflichtet; dies betrifft auch sämtliche Bereiche der Bauphysik, namentlich die Anforderungen an die Isolierung und Wärmedämmung.*

Mitverschulden des Auftraggebers

BGH, Urteil vom 14.07.2016 - VII ZR 193/14

LEITSATZ

Beauftragt der Besteller einen Architekten mit der Objektplanung für ein Gebäude und einen weiteren Architekten mit der Planung der Außenanlagen zu diesem Objekt, trifft ihn grundsätzlich die Obliegenheit, dem mit der Planung der Außenanlagen beauftragten Architekten die für die mängelfreie Erstellung seiner Planung erforderlichen

Pläne und Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Hat der mit der Objektplanung beauftragte Architekt diese fehlerhaft erstellt, muss sich der Besteller dessen Verschulden gemäß § 254 Abs. 2 Satz 2, § 278 BGB im Verhältnis zu dem mit der Planung der Außenanlagen beauftragten Architekten zurechnen lassen (Fortführung von BGH, Urteil vom 15.05.2013 - VII ZR 257/11, BGHZ 197, 252 = IBR 2013, 476).

PRAXISHINWEIS

Die Parteien streiten über Schadensersatzforderungen im Zusammenhang mit dem Neubau einer Grundschule. Nach Fertigstellung und Abnahme des Gebäudes wurden in verschiedenen Räumen Schimmelbildungen festgestellt. Ursächlich hierfür war u.a., dass die Betonsohle des Gebäudes ca. 7 cm unter der umgebenden Geländeoberfläche lag und eine wirksame Sickerschicht fehlte. Die Vorinstanzen hatten neben dem Architekten auch den Freianlagenplaner auf Schadensersatz verurteilt. Hierbei hatten die Vorinstanzen in Bezug auf den Freianlagenplaner ein Mitverschulden des Bauherrn wegen der fehlerhaften Pläne des Architekten verneint.

Dies sieht der BGH anders. Der BGH hat bereits eine Anrechnung eines Mitverschuldens des Bauherrn wegen eines Fehlers des planenden Architekten im Verhältnis zu dem bauaufsichtsführenden Architekten angenommen. Gleiches gilt, wenn der Bauherr einem Tragwerksplaner durch den von ihm mit der Planung beauftragten Architekten Pläne und Unterlagen zu den bei der Erstellung der Tragwerksplanung zu berücksichtigenden Boden- und Grundwasserverhältnissen überreicht oder dazu sonstige Angaben macht, die den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechen.

Diese Rechtsprechung hat der BGH nun ausgeweitet. Beauftragt der Bauherr einen Architekten mit der Objektplanung für ein Gebäude und einen weiteren Architekten mit der Planung der Freianlagen zu diesem Objekt, darf der Freianlagenplaner grundsätzlich erwarten, dass die ihm vom Bauherrn zur Verfügung gestellten Pläne und Unterlagen des Architekten zutreffende Angaben über die Umstände enthalten, die er für seine eigene Planung benötigt. Die Übergabe der Pläne und Unterlagen des Architekten stellt in diesem Fall eine Mitwirkungshandlung zur Erlangung einer sachgerechten Planung der Freianlagen dar. Überlässt der Bauherr einem Freianlagenplaner fehlerhafte Pläne des Architekten, muss der Bau-

herr sich die Mitverursachung des infolge einer mangelhaften Planung eingetretenen Schadens gemäß §§ 254 Abs. 2 Satz 2, 278 BGB zurechnen lassen.

Vergaberecht

Unterschwellenvergabe: Festlegung von Wertungskriterien?

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

LEITSATZ

Ist der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen, bedarf es im Unterschwellenbereich auch bei der Zulassung von Nebenangeboten nicht in jedem Fall der Festlegung von Kriterien zur Angebotsbewertung. Dies ist vielmehr nur dann der Fall, wenn ohne ausdrücklich formulierte Wertungskriterien das wirtschaftlichste Angebot nicht nach transparenten und willkürfreien Gesichtspunkten bestimmt werden kann (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 08.09.1998 - X ZR 109/96, VPRRS 2000, 0017 = IBRRS 2000, 0659 = BGHZ 139, 273, 278).

PRAXISHINWEIS

Die Entscheidung bezieht sich auf die frühere Rechtslage (VOB/A 2012). Hier hatte der Bundesgerichtshof für Vergaben *oberhalb* des EU-Schwellenwertes entschieden, dass eine Nebenangebotsbewertung dann ausscheidet, wenn der Preis als einziges Wertungskriterium vorgesehen war. Ferner sind für Nebenangebote im Rahmen von EU-Vergabeverfahren jeweils Mindestanforderungen zu definieren. Für den Bereich *unterhalb* des EU-Schwellenwertes, d.h. für bundesweite Ausschreibungen, gelten diese Vorgaben nicht. Der Bundesgerichtshof gesteht Vergabestellen bei bundesweiten Vergaben insoweit einen größeren Handlungsspielraum zu.

„Inhouse-unschädliche“ Eigengeschäfte

VK Bund, B.v. 18.05.2016 - VK 1-18/16

LEITSATZ

1. Eine vergaberechtsfreie Inhouse-Vergabe setzt zunächst voraus, dass der öffentliche Auftraggeber über die betreffende juristische Person, die den Auftrag erhalten soll, eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen.*

BMW I LEGT DISKUSSIONSENTWURF ZUR UNTERSCHWELLENVERGABEORDNUNG VOR

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) hat am 31.08.2016 den Diskussionsentwurf einer Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) veröffentlicht, die den bisher geltenden 1. Abschnitt der VOL/A ersetzen soll.

Ziel des Diskussionsentwurfs ist es, die flexiblen Regelungsansätze des seit dem 16.04.2016 geltenden neuen Oberschwellenvergaberechts auf die Vergabe öffentlicher Aufträge für Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte zu übertragen und das Vergaberecht auch in diesem Bereich flexibler und anwenderfreundlicher auszugestalten. Dabei sollen die bisher schon deutlich einfacheren Regelungen des Unterschwellenbereichs erhalten bleiben.

Den Diskussionsentwurf will das BMWi als Grundlage für weitere Gespräche mit interessierten Gruppen nutzen. Dazu sollen die Öffentlichkeit, hier insbesondere die interessierten Verbände, zum Inhalt des Diskussionsentwurfs konsultiert werden. Nach Abschluss dieser Konsultations- und Austauschphase wollen sich Bund und Länder auf einen finalen Text der UVgO einigen. Dieser Text soll dann Anfang 2017 von Bund und Ländern in Kraft gesetzt und für Vergaben im Unterschwellenbereich verbindlich werden.

Den Diskussionsentwurf finden Sie auf www.ts-law.de/publikationen/tsp-neuigkeiten/

2. Zweites Inhouse-Kriterium ist, dass die kontrollierte Person wesentlich für den öffentlichen Auftraggeber tätig sein muss. Dabei sind alle Tätigkeiten des Auftragnehmers als "inhouse-unschädliches" Eigengeschäft anzusehen, die für dem Auftraggeber zuzurechnende Stellen erbracht werden.*

3. "Inhouse-schädliche" Fremdgeschäfte des Auftragnehmers sind nur jene Tätigkeiten, die nicht für den Auftraggeber oder ihm zuzurechnende Stellen, sondern für Dritte (Private) erbracht werden.*

PRAXISHINWEIS

Die Ausnahme, wonach bei sogenannten „Inhouse-Vergaben“ das Vergaberecht nicht anwendbar ist, wird nun in § 108 GWB näher geregelt. Danach setzt ein vergaberechtsfreies Inhouse-Geschäft voraus, dass

1. der öffentliche Auftraggeber über die juristische Person eine ähnliche Kontrolle wie über seine eigene Dienststelle ausübt. Dies wird vermutet, wenn der öffentliche Auftraggeber einen ausschlaggebenden Einfluss auf die strategischen Ziele und die wesentlichen Entscheidungen dieser juristischen Person ausübt;
2. die juristische Person mehr als 80 % ihrer Tätigkeit für den öffentlichen Auftraggeber oder eine andere juristische Person, die vom öffentlichen Auftraggeber kontrolliert wird, ausübt; und

3. an der juristischen Person lediglich solche privaten Kapitalbeteiligungen bestehen, die gesellschaftsrechtlich nicht beherrschend sind.

Liegen diese drei Voraussetzungen vor, so kann ohne Anwendung des Vergaberechts eine Direktbeauftragung erfolgen.

Nachforderungsfrist für fehlende Erklärungen

VK Nordbayern, B.v. 29.06.2016 - 21.VK-3194-07/16

LEITSATZ

Fehlen in einem Angebot geforderte Erklärungen oder Nachweise, hat der Auftraggeber diese nachzuverlangen. Die nachverlangten Erklärungen sind spätestens innerhalb von sechs Kalendertagen nach Aufforderung durch den Auftraggeber vorzulegen. Werden die Erklärungen oder Nachweise nicht innerhalb der Frist vorgelegt, ist das Angebot zwingend auszuschließen. Dem Auftraggeber steht kein Ermessen zu, diese Frist zu verlängern.

PRAXISHINWEIS

Die Entscheidung der VK Nordbayern erging noch zum alten Recht. Sie entspricht aber exakt der aktuellen Regelung in der VOB/A 2016: Für Bauvergaben regelt § 16a VOB/A 2016 die Nachforderung von Unterlagen nunmehr abschließend. Danach sind fehlende Erklärungen oder Nachweise spätestens innerhalb von sechs Ka-

lendertagen nach Aufforderungen durch den Auftraggeber vorzulegen. Die Frist beginnt am Tag nach der Absendung der Aufforderung durch den Auftraggeber. Werden die Erklärungen oder Nachweise nicht innerhalb der Frist vorgelegt, ist das Angebot zwingend auszuschließen.

Schadensersatz auch ohne Inanspruchnahme von Primärrechtsschutz

OLG Saarbrücken, U.v. 15.06.2016 - 1 U 151/15

LEITSATZ

1. Die Bieter haben – auch im Unterschwellenbereich – gegen den Auftraggeber einen Anspruch auf Schadensersatz, wenn dieser durch Missachtung von Vergabevorschriften den Bietern einen Schaden zufügt.*
2. Der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen steht nicht entgegen, dass ein Bieter zuvor keinen Primärrechtsschutz – hier in Form einer einstweiligen Verfügung – in Anspruch genommen hat.*

PRAXISHINWEIS

Die Auftraggeberin schrieb Bauleistungen nach VOB/A im Unterschwellenbereich aus. Die Bauleistungen umfassten Arbeiten an der Unterseite einer Brücke. Dazu sollte ein Gerüst auf Pontons aufgebaut werden, deren Fläche durch das Leistungsverzeichnis genau beziffert war. Der Kläger war nach der Wertung auf dem zweiten Platz. Der im Vergabeverfahren letztendlich erfolgreiche Bieter bot bezüglich der Pontons lediglich Teilleistungen an. Zudem gab er in einem Aufklärungsgespräch hinsichtlich der Pontons an, anders als ausgeschrieben kalkuliert zu haben. Den Zuschlag erhielt er trotzdem. Der Kläger wurde von der Zuschlagserteilung nicht informiert. Erst auf Nachfrage erhielt er Auskunft über die bereits erfolgte Zuschlagserteilung. Mit der Klage macht er Schadensersatz wegen Vergabeverstößen geltend.

Nach Auffassung des OLG Saarbrücken hat der Kläger einen Anspruch auf Schadensersatz. Das Angebot des erstplatzierten Bieters hätte wegen der Abweichung seines Angebots von den Vergabeunterlagen zwingend ausgeschlossen werden müssen. Dem Schadensersatzanspruch steht nach Ansicht des OLG Saarbrücken insbesondere nicht entgegen, dass der Bieter nicht im Wege einer einstweiligen Verfügung gegen die

Zuschlagserteilung vorgegangen war. Dies schon deswegen, weil im konkreten Fall zeitlich keine Möglichkeit bestand, den Zuschlag durch eine einstweilige Verfügung zu unterbinden.

In der Praxis liefert diese Entscheidung eine erfreuliche Klarstellung. Im Unterschwellenbereich hängt der Schadensersatzanspruch des rechtswidrig übergangenen und bei korrektem Ablauf des Verfahrens höchstwahrscheinlich erfolgreichen Bieters, nicht davon ab, dass er zuvor das Verfahren des einzelligen Rechtsschutzes beschreibt. Um sich aber den anspruchsmindernden Vorwurf des Mitverschuldens am Entstehen des Schadens nach § 254 Abs. 1 BGB nicht aussetzen, wird der übergangene Bieter auch künftig in der Regel das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes vor der klageweisen Durchsetzung des Schadensersatzanspruchs in Anspruch nehmen müssen.

Immobilienrecht

Mängelrechte vor der Abnahme

BGH, U.v. 12.05.2016 - VII ZR 171/151

LEITSATZ

1. – 2. (...)
3. Die von einem Bauträger in einem Erwerbsvertrag gegenüber Nachzügler-Erwerbern gestellten Formulklauseln "Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums ist durch das Ingenieurbüro K. am 25.11.2002 erfolgt. Die Verjährungsfrist für Ansprüche und Rechte wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum läuft für den Käufer zum selben Termin ab wie für diejenigen Käufer, welche die gemeinschaftliche Abnahme durchgeführt haben" sind unwirksam.
4. Dem Bauträger ist es als Verwender dieser von ihm gestellten, unwirksamen Formulklauseln nach Treu und Glauben verwehrt, sich darauf zu berufen, dass sich der Vertrag noch im Erfüllungsstadium befinde und deshalb ein Anspruch aus § 637 Abs. 3 BGB nicht bestehe (Anschluss an BGH, Urteil vom 25.02.2016 - VII ZR 49/15, IBR 2016, 290, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).

PRAXISHINWEIS

Die Anwendbarkeit des Mängelhaftungsrechts beim Werkvertrag hängt grundsätzlich von der Abnahme ab. D.h., erst nach der Abnahme können Mängelansprüche geltend gemacht werden.

BUNDESRAT BESCHLIEBT GESETZ- ENTWURF ZUM SACHKUNDENACHWEIS FÜR MAKLER UND VERWALTER

Der Bundesrat hat am 14.10.2016 den Gesetzentwurf zur Einführung einer Berufszulassungsregelung für gewerbliche Immobilienmakler und Verwalter von Wohnungseigentum (BR-Drs. 496/16) beschlossen. Für Immobilienmakler und Wohnungseigentumsverwalter soll hiermit eine neue Berufszulassungsregelung geschaffen werden. Als neue Voraussetzung für die Erteilung der gewerberechtigten Erlaubnis nach § 34c der Gewerbeordnung sollen für Immobilienmakler und Wohnungseigentumsverwalter ein Sachkundenachweis sowie für Wohnungseigentumsverwalter darüber hinaus eine Berufshaftpflichtversicherung eingeführt werden. Mit der im Gesetzentwurf vorgesehenen Einführung eines Sachkundenachweises wird eine Verbesserung der von Immobilienmaklern und Wohnungseigentumsverwaltern erbrachten Dienstleistungen und damit eine Stärkung des Verbraucherschutzes angestrebt. Zudem soll der Gesetzentwurf durch die Einführung des Sachkundenachweises für Wohnungseigentumsverwalter einen Beitrag zur Förderung der energetischen Gebäudesanierung und Modernisierung von Wohnimmobilien leisten. Mit der darüber hinaus im Gesetzentwurf vorgesehenen Einführung einer Berufshaftpflichtversicherung für Wohnungseigentumsverwalter sollen Wohnungseigentümer vor finanziellen Schäden geschützt werden, die durch die fehlerhafte Berufsausübung des Wohnungseigentumsverwalters entstehen können.

Ein anderes gilt nach Ansicht des BGH aber dann, wenn das Bauwerk abnahmebereit fertiggestellt ist und die Abnahme nur an unwirksamen Abnahmeklauseln des Bauträgers scheitert. In diesem Fall kann sich der Bauträger als Verwender der unwirksamen Abnahmeklauseln nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht auf eine fehlende Abnahme berufen. Der Umstand, dass eine ordnungsgemäße Abnahme nicht erfolgt ist, ist alleine ihm anzulasten. Als Verwender der unwirksamen Klausel muss sich der Bauträger damit abfinden, mit Mängelansprüchen kon-

frontiert zu sein, obwohl eine Abnahme nicht erfolgt ist.

Schriftform des Mietvertrages

OLG Düsseldorf, U.v. 26.01.2016 - 24 U 58/15

LEITSATZ

1. (...)
2. Ein Mietvertrag ist im Zweifel noch nicht wirksam zu Stande gekommen, wenn die Parteien sich zwar über den wesentlichen Vertragsinhalt einig sind, aber verabredet haben, dass der Vertrag schriftlich geschlossen werden soll, § 154 Abs. 2 BGB. Ist gleichwohl von einem stillschweigenden Vertragsschluss auszugehen, weil das Mietverhältnis schon während der schwebenden Verhandlungen in Vollzug gesetzt wurde, endet es jedenfalls mit Fristablauf, wenn Einvernehmen darüber besteht, dass der in Aussicht genommene schriftliche Mietvertrag befristet werden soll.
3. Werden wesentliche vertragliche Vereinbarungen nicht im Mietvertrag selbst niedergelegt, sondern in Anlagen ausgelagert, müssen die Parteien zur Wahrung der Urkundeneinheit die Zusammengehörigkeit dieser Schriftstücke in geeigneter Weise kenntlich machen. Dazu bedarf es keiner körperlichen Verbindung; es genügt eine bloße gedankliche Verbindung, die in einer zweifelsfreien Bezugnahme zum Ausdruck kommen kann.

Sind Baugrenzen nachbarschützend?

OVG Rheinland-Pfalz, B.v. 01.08.2016 - 8 A 10264/16

LEITSATZ

1. Wenn Festsetzungen eines Bebauungsplans nicht aufgrund der bundesrechtlichen Ermächtigungsgrundlage zwingend drittschützend auszugestalten sind, wie dies etwa für die Festsetzung zur Art der baulichen Nutzung anerkannt ist, hängt die drittschützende Wirkung der Festsetzungen von ihrer Auslegung ab.*
2. Die Festsetzung von Baugrenzen ist nicht zwingend drittschützend.*

PRAXISHINWEIS

Der Bebauungsplan im hiesigen Fall setzte Baugrenzen zwischen den einzelnen Bauten des Plangebiets mit 7 m fest. Unter Befreiung von dieser Festsetzung gestattete die zuständige

Baubehörde dem Bauherrn, die Errichtung seines Baus mit einem Grenzabstand von lediglich 3,6 m Entfernung zum Nachbargrundstück. Dagegen wehrt sich der Nachbar. Ohne Erfolg. Das OVG Rheinland-Pfalz begründete seine Entscheidung damit, dass der Bebauungsplan keine subjektive Rechtsposition zugunsten des Nachbarn normiert, die durch die Baugenehmigung verletzt sein könnte und die ihm ein verwaltungsgerichtliches Vorgehen gegen die Baugenehmigung ermöglicht. Festsetzungen der überbaubaren Grundstücksflächen im Bebauungsplan haben keine nachbarschützende Wirkung. Sie erfolgen regelmäßig nur aus städtebaulichen Gründen z.B. zur Verbesserung des Wohnklimas durch eine aufgelockerte Bebauung. Eine nachbarschützende Wirkung kann solchen Festsetzungen nur zukommen, wenn die Auslegung im Einzelfall – unter Berücksichtigung aller Umstände – ergibt, dass die Baugrenzen neben rein städtebaulichen Interessen auch dem nachbarlichen Interessenausgleich dienen. Bei dieser Auslegung sind insbesondere der Wortlaut der Fest-

setzung im Bebauungsplan, offizielle Dokumente zur Festsetzung (z.B. Planbegründung Ratsprotokolle etc.) sowie die wertende Beurteilung des Festsetzungszusammenhangs in der konkreten Situation zu berücksichtigen. Im konkreten Fall ergab die Auslegung nach Auffassung des OVG Rheinland-Pfalz, dass die Festsetzung im Bebauungsplan zu den Baugrenzen lediglich städtebauliche Gründe hatte und nicht dem nachbarlichen Interessenausgleich diene.

Diese Rechtsprechung ist nicht unumstritten, zumal der VGH Baden-Württemberg der Auffassung ist, dass die Festsetzung seitlicher und hinterer Baugrenzen regelmäßig dem wechselseitigen Austauschverhältnis der benachbarten Grundstücke diene. Werden Bauwerke unter Befreiung von diesen Festsetzungen genehmigt, können sich Nachbarn nach dieser Rechtsprechung wesentlich leichter gegen die Baugenehmigung und den Bau wenden. Eine höchstrichterliche Klärung, ob Baugrenzen in Bebauungsplänen nachbarschützende Wirkungen entfalten, steht aber noch aus.

Theißen Stollhoff & Partner mbB
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT



– INTERN –

➤ **Neues Fachbuch zur Technischen Ausrüstung von Dr. Rolf Theißen und Dr. Eva Reininghaus im Beuth Verlag erschienen**

Das Fachbuch „Rechtsfragen der Technischen Ausrüstung“ ist im Beuth Verlag, Berlin, erschienen (ISBN 978-3-410-25586-4, 1. Auflage 2016, 298 Seiten). Dieses Praktikerhandbuch stellt für alle acht Anlagengruppen der Technischen Ausrüstung die Besonderheiten der Leistungsinhalte, Honorierung und Haftung dieser Fachplanungsleistungen dar.

➤ **TSP erneut im Ranking der deutschen Top-Immobilienrechtskanzleien**

Die Immobilienzeitung, Fachzeitschrift für die Immobilienwirtschaft, hat TSP in der neuesten Ausgabe des Magazins: „Immobilienanwälte Ausgabe 2016/2017“ erneut zu den wichtigsten deutschen Immobilienrechtskanzleien gezählt. Dies ist das dritte Jahr in Folge, in dem die Immobilienzeitung TSP in dieser Auswahl der wichtigsten deutschen Immobilienrechtskanzleien aufführt.

➤ **Personalia**

Die Bereiche Vergabe- und Immobilienrecht werden bei TSP seit dem 01.07.2016 durch Herrn RA Anes Kafedzic verstärkt. Herr RA Kafedzic wechselte aus einer führenden internationalen Wirtschaftskanzlei zu TSP. Er berät namhafte Vergabestellen bei der Konzeption und Abwicklung von EU-weiten Vergabeverfahren. Im Immobilien- und Baurecht ist Herr RA Kafedzic sowohl beratend als auch forensisch tätig. (www.ts-law.de/Rechtsanwaelte/Anes-Kafedzic).

➤ **Kommunalrechtliches Forum Berlin-Brandenburg 2016**

TSP veranstaltete am 01.11.2016 das Kommunalrechtliche Forum Berlin-Brandenburg 2016 im Hause des DIN-e.V., Berlin. Die Fachtagung wurde von zahlreichen kommunalen Entscheidern besucht. Die Fachvorträge zu aktuellen bau- und vergaberechtlichen Themen fanden ein reges Teilnehmerinteresse.

Auf einen Blick

VOB/A: Neufassung des Abschnitts 1

Das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit (BMUB) hat am 09.09.2016 einen weiteren Erlass zur Einführung der VOB 2016 herausgegeben. Der Abschnitt 1 der VOB/A 2016 wurde damit in überarbeiteter Form in Kraft gesetzt. Die Länder werden durch entsprechende Anwendungserlasse die Anwendbarkeit des überarbeiteten Abschnitts 1 der VOB/A für ihre Zuständigkeitsbereiche gesondert festlegen.

Die Änderungen im neuen Abschnitt 1 der VOB/A 2016 sind:

Zu § 3b VOB/A

Die Beschränkung, die Vergabeunterlagen nur an solche Unternehmen abzugeben, die sich gewerbsmäßig mit der Ausführung von Leistungen der ausgeschriebenen Art befassen, wurde gestrichen. Die Vergabeunterlagen sind nunmehr allen Unternehmen zur Verfügung zu stellen. Die Streichung erspart damit den Vergabestellen die Auswahlentscheidung, wer die Vergabeunterlagen einsehen darf und wer nicht. Eine Abkehr vom Gebot der Selbstausführung soll mit der Streichung nicht verbunden sein. Die Streichung soll lediglich Widersprüche zu den Vorschriften zur E-Vergabe vermeiden. Wird von der E-Vergabe Gebrauch gemacht, sind u.a. die Unterlagen über eine elektronische Adresse uneingeschränkt zugänglich zu machen.

Zu § 4a VOB/A

In § 4a VOB/A wurde auch für den Unterschwellenbereich nunmehr eine Regelung zu Rahmenverträgen aufgenommen. Die Formulierung lehnt sich an die bewährte Formulierung des § 4 VOL/A an.

Zu § 6 VOB/A

Die Regelung des § 6 Abs. 3 VOB/A, wonach Justizvollzugsanstalten, Einrichtungen der Jugendhilfe, Aus- und Fortbildungsstätten und ähnliche Einrichtungen sowie Betriebe der öffentlichen Hand und Verwaltungen zum Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmern nicht zuzulassen waren, wurde ersatzlos gestrichen. Im Oberschwellenbereich war der Pauschalausschluss aufgrund europarechtlicher Vorgaben zu streichen. Zur Herstellung einer einheitlichen Regelung im Ober- und Unterschwellenbereich wurde diese Streichung im ersten Abschnitt nun nachvollzogen.

Zu § 7 VOB/A

§ 7 Abs. 2 VOB/A wurde redaktionell überarbeitet. Durch die Umformulierung soll klargestellt werden, dass es sich bei den Ausnahmetatbeständen um zwei verschiedene, voneinander unabhängige Fälle handelt.

Zu §§ 11 ff. VOB/A

Der Auftraggeber soll im Unterschwellenbereich künftig die Wahl haben, welche Kommunikationsmittel er im Vergabeverfahren einsetzt. Der Grundsatz der elektronischen Kommunikation gilt somit nicht. Nicht alle Vergabestellen und Bieter sind nämlich bereits auf eine durchgehende elektronische Kommunikation und Vergabe eingerichtet. Wird die E-Vergabe genutzt, sollen aber für die Durchführung im Ober- und Unterschwellenbereich identische Regelungen gelten. Vor diesem Hintergrund wurden die Regelungen der §§ 11 EU VOB/A, 11a EU VOB/A mit geringfügigen Ausnahmen im ersten Abschnitt wörtlich übernommen.

Zu § 12a VOB/A

§ 12a VOB/A wird an die Regelungen zur E-Vergabe angepasst. Es wird klargestellt, dass die bisherigen Vorgaben zum Versand der Vergabeunterlagen nur noch dann gelten, wenn die Vergabeunterlagen nicht elektronisch im Sinne von § 11 Abs. 2 und 3 VOB/A zur Verfügung gestellt werden.

Zu § 13 VOB/A

§ 13 VOB/A sah bislang vor, dass der Auftraggeber (anders als in der VOL/A) schriftliche Angebote immer zulassen musste, also nicht vollständig auf die E-Vergabe umstellen konnte. Dies gilt jetzt nur noch bis zum 18.10.2018, also dem Zeitpunkt, ab dem im Oberschwellenbereich die E-Vergabe spätestens verpflichtend wird. Nach diesem Zeitpunkt kann der Auftraggeber im Unterschwellenbereich die Form der einzureichenden Angebote bestimmen. Er kann wählen, ob er weiterhin schriftliche Angebote zulässt oder ausschließlich elektronisch eingereichte.

Zu §§ 14, 14 a VOB/A

Die Verfahrensweise zur Öffnung der Angebote ist mit der zugelassenen Art der Angebotsabgabe verknüpft. Lässt der Auftraggeber nur elektronische Angebote zu, führt er einen Öffnungstermin nach dem Vorbild von § 14 EU VOB/A durch, bei dem zwar die Anwesenheit der Bieter entfällt, diese aber die maßgeblichen Informationen des Öffnungstermins unverzüglich nach seiner Durchführung elektronisch mitgeteilt bekommen. Entschließt sich der Auftraggeber nach dem 18.10.2018, Angebote auch in schriftlicher Form zuzulassen, führt er weiterhin einen herkömmlichen Eröffnungstermin unter Anwesenheit der Bieter durch.



Rechtsfragen der Technischen Ausrüstung

Dr. Rolf Theißen, Dr. Eva Reininghaus

1. Auflage 2016 | 298 Seiten

Herausgeber: DIN

Beuth Verlag

Buch/E-Book jeweils € 42,00

Buch und E-Book zusammen € 54,60

ISBN 978-3-410-25586-4

E-Book 978-3-410-25587-1

Dr. Rolf Theißen, Dr. Eva Reininghaus

Rechtsfragen der Technischen Ausrüstung

Leistungsinhalte, Honorierung nach HOAI und Verträge

Die Technische Gebäudeausrüstung wird zunehmend komplexer. Sie bildet oftmals den „kritischen Pfad“ eines Bauprojektes – dies gilt nicht nur für Großbauvorhaben wie etwa dem Flughafen BER in Berlin.

Das Leistungsbild Technische Ausrüstung weist gegenüber den übrigen Planungsleistungen eine Vielzahl von Besonderheiten auf. Dies betrifft die Leistungsinhalte und auch die Honorierung und die Haftung.

Das Buch Rechtsfragen der Technischen Ausrüstung befasst sich vertieft mit den Besonderheiten der Leistungsinhalte der Fachplanung Technische Ausrüstung – und zwar bezogen auf sämtliche acht Anlagengruppen.

Diese Veröffentlichung gibt sowohl den Planern als auch den Bauherren praxisorientierte Hinweise zur Risikovermeidung sowohl auf der Vertrags- als auch auf der Leistungsebene. Die für die Praxis relevanten Honorarfragen bei der Fachplanung Technische Ausrüstung werden ausführlich erörtert. Ein Materialienanhang (Teilleistungstabellen, Hinweise zur Bildung von Abrechnungseinheiten etc.) runden das Werk ab.