

Newsletter

TSP Theißen Stollhoff & Partner mbB Rechtsanwaltsgesellschaft

Baurecht, Vergaberecht, Immobilienrecht, Architekten- und Ingenieurrecht

Architektenrecht

Mindest- und Höchstsätze der HOAI unvereinbar mit EU-Recht

EuGH, U.v. 04.07.2019 - Rs. C-377/17

LEITSATZ

Die Bundesrepublik Deutschland hat dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 15 Abs. 1, 2 Buchst. g und Abs. 3 Richtlinie 2006/123/EG verstoßen, dass sie verbindliche Honorare für die Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren beibehalten hat.

PRAXISHINWEIS

Der EuGH hat mit Urteil vom 04.07.2019 entschieden, dass die verbindlichen Honorare für Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren in der HOAI gegen die EU-Dienstleistungsrichtlinie verstoßen. Damit hat sich der EuGH den Schlussanträgen des Generalanwalts angeschlossen. Die Bundesregierung ist nun aufgefordert, die Regelung über die Mindest- und Höchstsätze in der HOAI anzupassen. Welche Maßnahmen die Bundesrepublik Deutschland ergreifen wird, ist derzeit offen.

Streitig ist, welche Folgen das EuGH-Urteil vom 04.07.2019 auf bestehende Vertragsverhältnisse hat (siehe auch S. 11 f. dieses Newsletters).

Es wird vertreten, dass sich Architekten, Ingenieure, aber auch Bauherren ab sofort nicht mehr auf die HOAI berufen können, um eine Unter- oder Überschreitung des Honorarrahmens einzuklagen (vgl. OLG Celle, Urteil vom 17.07.2019 - 14 U 188/18 und vom 23.07.2019 - 14 U 182/18; LG Dresden, Beschluss vom 08.02.2018 - 6 O 1751/15; LG Baden-Baden, Beschluss vom 07.05.2019 - 3 O 221/18).

Andererseits wird darauf verwiesen, dass das Preisrecht der HOAI bis zur Anpassung der HOAI durch die Bundesrepublik zwischen Privaten weiterhin anzuwenden ist. Denn nach der EuGH-Rechtsprechung kommt eine unmittelbare

Editorial

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

Von erheblicher praktischer Bedeutung ist die lange erwartete Entscheidung des EuGH im Vertragsverletzungsverfahren (Rs. C-377/17) zu den Mindest- und Höchstsätzen der HOAI. Der EuGH hat mit Urteil vom 04.07.2019 diese Regelungen für europarechtswidrig erklärt. Spannend ist, welche Folgen das EuGH-Urteil vom 04.07.2019 auf bestehende und künftige Vertragsverhältnisse und insbesondere auf laufende Mindestsatzklagen haben wird.

Die möglichen Auswirkungen des EuGH-Urteils und die hierzu vertretenen Ansichten finden Sie zusammengefasst in unserer Rubrik „Auf einen Blick“.

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

Inhalt

Aktuelles aus der Rechtsprechung	1
Nachrichten aus der Bau- und Immobilienwirtschaft	
➤ Entwurf eines Gebäudeenergiegesetzes	3
➤ Planungsleistungen mit Losaufteilung	5
➤ Anwendungspflicht der VOB/A-EU und -VS	7
TSP – Intern	10
Auf einen Blick	
Auswirkungen des EuGH-Urteils vom 04.07.2019 zur HOAI	11

horizontale Direktwirkung einer nicht umgesetzten EU-Richtlinie bei Streitigkeiten zwischen Privaten grundsätzlich nicht in Betracht (vgl. EuGH in seinem Urteil vom 07.08.2018 – Rs. C-122/17). Sollte der EuGH an dieser Rechtsprechung festhalten und der BGH sich dem anschließen, wäre die HOAI von deutschen Gerichten weiterhin anzuwenden. Die HOAI soll durch Art. 15 der Dienstleistungsrichtlinie bei Streitigkeiten zwischen Privaten nicht verdrängt werden (vgl. bereits OLG Naumburg, Urteil vom 13.04.2017, 1 U 48/11; KG, Urteil vom 01.12.2017, 21 U 19/12; Landesberufungsgericht für Architekten, Architektinnen, Stadtplaner und Stadtplanerinnen, Beschluss vom 01.08.2018, 6s E 46/18).

Bei Abschluss neuer Planerverträge sollte ab sofort großes Augenmerk auf die Vereinbarung des Planerhonorars gelegt werden: Entweder werden die HOAI-Sätze ausdrücklich zur vertraglichen Grundlage der Vergütung erklärt. Dies beinhaltet unabhängig von der Entscheidung des EuGH eine wirksame Vereinbarung der HOAI-Sätze. Oder es wird ein Pauschal- bzw. Aufwandshonorar vereinbart.

Siehe auch Seiten 11/12 – „Auf einen Blick“.

Fünfstufige Haftung eines Ingenieurs bei einer ins Bauwerk integrierten Photovoltaikanlage

BGH, U.v. 10.01.2019 - VII ZR 184/17

LEITSATZ

Zur Anwendbarkeit der fünfjährigen Verjährungsfrist des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB bei der Erbringung von Planungs- und Überwachungsleistungen für den Einbau einer in die Fassade integrierten Photovoltaikanlage bei der grundlegenden Umgestaltung eines Bürogebäudes in ein Studentenwohnheim.

PRAXISHINWEIS

Der beklagte Ingenieur wurde von der Klägerin mit der Planung und Überwachung für den Einbau einer Photovoltaikanlage beauftragt, die seiner Empfehlung folgend in die Gebäudefassade integriert werden sollte. Nach Einbau und Teilabnahme stellt sich heraus, dass die Anlage nicht den vom Beklagten prognostizierten Ertrag erbringt. Die Klägerin nimmt nach Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens den beauftragten Ingenieur wegen fehlerhafter Planung

und Bauüberwachung in Anspruch. Das Berufungsgericht hält die klageweise verfolgten Ansprüche gem. § 634a Abs. 1 Nr. 1 BGB mit der Begründung für verjährt, dass es im konkreten Streitfall an der typischen Risikolage für die fünfjährige Verjährungsfrist gem. § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB fehle; es sei kurzfristig erkennbar gewesen, dass die Anlage nicht die prognostizierte Leistung erbringen konnte.

Dieser Argumentation erteilt der BGH eine Absage und verweist die Sache zur Neuverhandlung und Entscheidung zurück. Für die Geltung der fünfjährigen Verjährungsfrist komme es nicht darauf an, ob der Mangel im konkreten Einzelfall kurzfristig oder erst nach längerer Zeit erkennbar gewesen sei. Die für Bauwerke typische Risikolage der späten Erkennbarkeit von Mängeln sei nicht für den konkreten Einzelfall sondern abstrakt zu beurteilen. Das allgemeine Risiko der späten Erkennbarkeit sei aber unter Berücksichtigung einer etwaigen Verdeckung von Mängeln durch aufeinander abgestimmte Arbeiten und witterungsbedingte Spätfolgen bei dem Einbau einer in die Fassade integrierten Photovoltaikanlage generell gegeben. Insofern komme es im konkreten Streitfall auch nicht darauf an, ob die Anlage für das Gebäude eine dienende Funktion erfüllt oder selbst als Bauwerk zu qualifizieren sei (BGH BauR 2018, 529; BauR 2016, 1478= NZBau 2016, 558).

Im konkret entschiedenen Fall dürften allerdings auch diese Voraussetzungen für die fünfjährige Verjährungsfrist vorgelegen haben, da die Anlage nach Entkernung und umfassendem Umbau Bestandteil des Gebäudes wurde.

Kein Mitverschulden des Bauherrn bei Planungsmängeln

KG, U.v. 01.02.2019 - 21 U 70/18

LEITSATZ

1. Ist ein Architekt beauftragt, das Leistungsverzeichnis für eine Bauleistung zu erstellen, hat er diese Planungsleistung so zu erbringen, dass die auszuführenden Leistungen gemäß den anerkannten Regeln der Technik und genehmigungsfähig beschrieben sind.

2. Führt die Beseitigung der Folgen eines Planungsfehlers dazu, dass der Bauherr eine Bauleistung insgesamt zweimal ausführen lassen muss, wobei die zweite Ausführung preisgünstiger ist als die erste, beläuft sich der Schaden des

Bauherrn im Zweifel auf die Kosten der teureren ersten Maßnahme.

3. Die Minderung des Schadensersatzanspruchs eines Bauherrn gegen einen mit Bau- oder Architektenvertrag beauftragten Baubeteiligten (§ 254 bzw. §§ 254, 278 BGB) kommt nur in Betracht, wenn der Bauherr durch einen aktiven Beitrag (fehlerhafte Anweisung oder Information bzw. Übergabe einer fehlerhaften Planung) den Schaden mitverursacht hat, nicht aber, wenn er die Leitung, Planung oder Überwachung des Baugeschehens lediglich unterlassen hat.

PRAXISHINWEIS

Der beklagte Architekt wird zur Modernisierung eines Wohngebäudes mit der „Mitwirkung bei der Vergabe“ beauftragt, wobei sich die Parteien darüber einig sind, dass dies auch die Erstellung eines Leistungsverzeichnisses beinhalten soll. Obwohl das Gebäude mit einer Außenwand an das benachbarte Grundstück angrenzt und damit eine Brandwand i.S.d § 30 der Berliner Bauordnung ist, sieht das vom Architekten erstellte Leistungsverzeichnis statt des erforderlichen nicht brennbaren Wärmedämmverbundsystems (WDVS) nur ein schwer entflammbares vor. Daher konnte gegenüber der Bauaufsicht nicht der Nachweis über die Nichtbrennbarkeit erbracht werden, sodass der Auftraggeber das WDVS zurückbauen und gegen ein nicht brennbares WDVS austauschen musste. Wegen der Kosten für die überflüssige Montage des ersten WDVS, des Abrisses und der Entsorgung nimmt der Auftraggeber den Architekten auf Schadensersatz in Anspruch. Dies mit Erfolg. Der Planer kann sich nicht auf ein Mitverschulden des Bauherrn berufen, weil dieser ihn nicht über den Umstand „Brandwand“ informiert habe. Der Architekt muss als Planer selbst die Frage klären, ob eine Brandwand existiert, die mit einem nicht brennbaren WDVS zu versehen ist. Auf ein Mitverschulden des Bauherrn kann sich der Planer nur berufen, wenn ihm der Auftraggeber fehlerhafte Unterlagen überlässt oder ihn falsch informiert. Das bloße Unterlassen von planungsbezogenen Vorgaben könne dessen Mitverschulden nicht begründen. Im Übrigen kann der beklagte Planer in der Regel auch nicht den geringeren Preis der zweiten Maßnahme im Wege des Vorteilsausgleichs geltend machen.

* Kein amtlicher Leitsatz

ENTWURF EINES GEBÄUDEENERGIEGESETZES

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) und das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat haben einen Referentenentwurf für das Gesetz zur Vereinheitlichung des Energieeinsparrechts für Gebäude vorgelegt. Mit dem Gebäudeenergiegesetz möchte die Bundesregierung ihren Weg fortsetzen, bis 2050 einen klimaneutralen Gebäudebestand zu erreichen. Hierzu sollen das Energieeinsparungsgesetz, die Energieeinsparverordnung und das Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz in einem Gesetz zusammengefasst werden. Die geltenden energetischen Anforderungen der Energieeinsparverordnung bei Neubauten und bei Bestandsbauten einschließlich der Nutzungspflichten nach dem Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz sollen hierbei beibehalten werden. Das BMWi hat am 29.05.2019 die Länder- und Verbändeanhörung eingeleitet. Stellungnahmen zum Referentenentwurf konnten bis zum 28.06.2019 eingereicht werden. Die Stellungnahmen sollen nun auf der Internetseite des BMWi veröffentlicht werden. Derzeit befindet sich der Gesetzentwurf in der Ressortabstimmung, sodass sich noch Änderungen ergeben können.

B a u r e c h t

Planung einer Abdichtung

BGH, U.v. 07.02.2019 - VII ZR 274/17

LEITSATZ

1. Teilabnahmen im Sinne von § 641 Abs. 1 Satz 2 BGB setzen eine entsprechende vertragliche Vereinbarung hierüber voraus, die auch konkludent erfolgen kann. Wegen der rechtlich weitreichenden Folgen muss aber der Wille des Auftraggebers zur Teilabnahme klar zum Ausdruck kommen.*
2. Die Beauftragung von Nachfolgegewerken allein lässt nicht den Schluss auf den Willen des Auftraggebers zu, eine Teilabnahme der Leistungen des Auftragnehmers zu erklären. Regelmäßig kann allein dem Weiterbau im Rahmen eines

Bauvorhabens kein Erklärungswert beigegeben werden.*

3. Wird der Auftragnehmer mit Abdichtung der Terrasse eines Wohnhauses beauftragt, schuldet er die Herbeiführung eines Zustands, der ausschließt, dass (Regen-)Wasser über die Terrasse oder durch sie durch in das Gebäude eindringt. Die Wasserundurchlässigkeit ist Bestandteil der vertraglichen Beschaffenheitsvereinbarung.

4. Der Auftragnehmer schuldet Nacherfüllung verschuldensunabhängig auch dann, wenn ihm ein Ausführungsfehler, der dazu geführt hat, dass die vereinbarte Beschaffenheit nicht erreicht wurde, nicht nachzuweisen ist.*

PRAXISHINWEIS

In dem zugrunde liegenden Fall hatte der Auftraggeber den Auftragnehmer mit Abdichtungsarbeiten an einer Terrasse beauftragt. Der Auftragnehmer stellte im Rahmen dieses Auftrags eine Abdichtung aus Bitumenschweißbahnen her. Nach Fertigstellung der Abdichtung aus Bitumenschweißbahnen ließ der Auftraggeber von einem Drittunternehmen Estrich und Fliesen verlegen. Hieran schlossen sich weitere Abdichtungsarbeiten des Auftragnehmers an den Rändern an. Wegen der nach Zahlung auf die Schlussrechnung eintretenden Feuchtigkeitsschäden nimmt der Auftraggeber den Auftragnehmer klageweise auf Mangelbeseitigung, Beseitigung von Folgeschäden sowie Feststellung der Ersatzpflicht für künftige Mangelfolgeschäden in Anspruch. Nachdem das Landgericht erstinstanzlich der Klage des Auftraggebers stattgegeben hatte, weist das OLG Celle diese ab. Die Revision des Auftraggebers gegen diese Entscheidung des OLG hat Erfolg.

Der BGH führt in seinem Urteil aus, der Auftragnehmer schulde die Abdichtung der Terrasse und damit die Herbeiführung eines Zustands, der ausschließt, dass Wasser über die Terrasse oder durch die Terrasse hindurch in das Gebäude eindringt. Die Wasserundurchlässigkeit der Terrasse sei daher Bestandteil der vertraglichen Beschaffenheitsvereinbarung. Der Auftragnehmer schulde die Nacherfüllung verschuldensunabhängig auch dann, wenn die Ursache des Funktionsdefizits nicht geklärt sei. Die Nachbesserungspflicht bestehe folglich auch dann, wenn ein Ausführungsfehler nicht nachgewiesen werde.

Maßgeblich für das Vorliegen eines Mangels ist demnach, ob die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit erfüllt ist oder nicht. Auf einen konkreten

Ausführungsfehler kommt es für einen Nachbesserungsanspruch des Auftraggebers demgegenüber nicht an. Anders ist dies für den verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch wegen Mangelfolgeschäden zu beurteilen.

Das OLG Celle hatte in seinem Urteil vom 24.11.2017 ausgeführt, dass eine Teilabnahme in Betracht komme, weil der Auftraggeber die Leistung des Unternehmers einem Drittunternehmer als Gegenstand weiterer Leistungen überlassen habe. Hierzu stellt der BGH klar, dass eine Teilabnahme i. S. v. § 641 Abs. 1 Satz 2 BGB eine entsprechende vertragliche Vereinbarung über eine Teilabnahme voraussetzt. Dabei müsse der Wille des Auftraggebers zur Teilabnahme wegen der gravierenden Folgen klar zum Ausdruck kommen. Das Inauftraggeben der Estrich- und Fliesenarbeiten, die der Auftraggeber durch Drittunternehmer erbringen ließ, lasse nicht den Schluss auf einen derartigen Willen des Auftraggebers zu, eine Teilabnahme zu erklären. Dem Weiterbau im Rahmen eines Bauvorhabens könne kein entsprechender Erklärungswert beigegeben werden.

In derartigen Konstellationen ist es sinnvoll, eine gemeinsame Zustandsfeststellung vorzunehmen, wie sie in § 650g Abs. 1 BGB n. F. nunmehr für ab dem 01.01.2018 geschlossenen Verträge vorgesehen ist. Eine derartige Zustandsfeststellung dient im Interesse beider Parteien der Streitvermeidung, indem der Zustand einer erbrachten Leistung gemeinsam festgestellt wird, bevor Drittunternehmen hierauf aufbauend weitere Leistungen erbringen.

Prüfbarkeit der Schlussrechnung

OLG Brandenburg, U.v. 17.01.2019 - 12 U 116/18

LEITSATZ

Die Schlussrechnung des Auftragnehmers ist bei einem VOB-Einheitspreisvertrag nur prüfbar, wenn ihr Aufmaßblätter beigelegt sind, die dem Auftraggeber eine Überprüfung der angegebenen Menge der ausgeführten Leistung ermöglichen.

PRAXISHINWEIS

Im entschiedenen Fall verlangte der Auftragnehmer vom Auftraggeber Werklohnzahlung für erbrachte Leistungen aus einem Bauvertrag über Heizungs- und Sanitärarbeiten für eine Schulsporthalle. Der Auftraggeber hatte diesen Bauvertrag wegen nicht erfolgter Beseitigung von

EU-VERGABEN VON PLANUNGSLEISTUNGEN: AUFTRAGSWERTBERECHNUNG

In dem EU-Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland im Zusammenhang mit der Auftragswertermittlung bei Planungsleistungen mit Losaufteilung hat die Bundesregierung Stellung genommen und die deutsche Rechtslage verteidigt.

Umstritten ist die Regelung in § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV, wonach bei der Auftragswertberechnung bei Planungsleistungen mit Losaufteilung nur Lose über gleichartige Leistungen addiert werden müssen. Nach Ansicht der EU-Kommission ist grundsätzlich bei allen Planungsleistungen der geschätzte Gesamtwert aller Lose zugrunde zu legen.

Es bleibt nun abzuwarten, ob die EU-Kommission das Vertragsverletzungsverfahren weiterführen oder einstellen wird. Möglich ist auch, dass die Kommission weitere Nachfragen an die Bundesregierung formuliert.

Bis zum Abschluss des Vertragsverletzungsverfahrens kann daher nur dringend empfohlen werden, bei öffentlichen Aufträgen, die mit EU-Fördermitteln finanziert werden, die Auftragswerte unterschiedlicher Planungsleistungen entgegen der Regelung des § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV zu addieren.

Mängeln, die zwischen den Parteien streitig waren, gekündigt. Im Prozess hatte der Auftraggeber Widerklage erhoben und Rückzahlung wegen Überzahlung von Werklohn sowie die Zahlung eines Kostenvorschusses für die Beseitigung von Mängeln sowie Schadensersatz für die Kosten der Mängelfeststellung verlangt.

Das LG Frankfurt/Oder als Vorinstanz hat mit Urteil vom 18.05.2018 – 12 O 93/16 – die beklagte Auftraggeberin zur Werklohnzahlung verurteilt und die Widerklage abgewiesen. Der Werklohnanspruch des Auftragnehmers sei in der Schlussrechnung des Auftragnehmers schlüssig dargelegt worden. Des Weiteren bestünden die vom Auftraggeber behaupteten Mängel der Arbeiten des Auftragnehmers nicht. In diesem Zusammenhang hatte die Vorinstanz auf eigene Prüfpflichten des Auftraggebers in Bezug auf die Trinkwasserqualität der errichteten Leitungsnetze sowie u.a. auf unzureichende Planungsvorgaben des Auftraggebers verwiesen.

Auf die Berufung des Auftraggebers hat das OLG Brandenburg das Urteil des LG Frankfurt/Oder vom 18.05.2018 – 12 O 93/16 – aufgehoben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen. Nach den Feststellungen des OLG Brandenburg war das Urteil der Vorinstanz verfahrensfehlerhaft. Es verletzte den Anspruch des Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG). Dies deshalb, da die Vorinstanz auf das Vorbringen des Beklagten zu einer Reihe von Streitpunkten nicht eingegangen war. Der beklagte Auftraggeber hatte u.a. eingewandt, die Schlussrechnung des Auftragnehmers sei nicht prüffähig, da dieser Schlussrechnung

keine Aufmaßunterlagen beigelegt waren. In Bezug auf die Widerklage stellt das OLG Brandenburg fest, dass über die Mängelbehauptungen des Auftraggebers eine Beweisaufnahme durchzuführen gewesen wäre. Diese hat das Landgericht rechtsfehlerhaft unterlassen.

Der vom Auftragnehmer geltend gemachte Werklohnanspruch gemäß den §§ 631 Abs. 1 BGB, 16 VOB/B ist nach den Feststellungen des OLG Brandenburg nicht fällig. Denn es fehlt an einer prüffähigen Abrechnung der Werkleistung durch den Auftragnehmer. Gemäß § 14 Abs. 1 Satz 3 VOB/B sind die zum Nachweis von Art und Umfang der Leistung erforderlichen Mengenerrechnungen, Zeichnungen und andere Belege der Rechnung beigelegen zu werden. Vorliegend hatte der Auftraggeber bereits zuvor schriftlich das Fehlen von überprüfbaren Aufmaßunterlagen zur Schlussrechnung des Auftragnehmers beanstandet. Der Schlussrechnung des Auftragnehmers waren allein Listen mit verbauten Materialien beigelegt gewesen. Aufmaßblätter, aus denen die in der Schlussrechnung angegebene Menge der verbauten Teile überprüfbar hervorgingen, waren hingegen nicht beigelegt. Genau diese Aufmaßblätter wären nach Auffassung des OLG Brandenburg hingegen zur Herbeiführung der Prüffähigkeit der Schlussrechnung des Auftragnehmers erforderlich gewesen. Ohne diese Aufmaßblätter ist die Schlussrechnung des Auftragnehmers nicht prüffähig und nicht fällig. Es ist im weiteren Verfahren durch Beweisaufnahme zu klären, inwieweit die Leistungen des Auftragnehmers die vom Auftraggeber gerügten Mängel aufweisen. Ferner, ob diese Mängel derart erheblich waren, dass sie die den Auftraggeber zur Kündigung des

Werkvertrages berechtigten. Da die Kündigung des Werkvertrages vor Abnahme erfolgt war, hat der Auftragnehmer nachzuweisen, dass er seine Leistungen mangelfrei erbracht hat.

Kostenerstattungsanspruch vor Abnahme?

OLG Stuttgart, U.v. 28.05.2019 – 10 U 15/19

LEITSATZ

1. Der Auftraggeber hat in einem VOB/B-Vertrag vor Abnahme grundsätzlich keine Kostenerstattungsansprüche gegen den Auftragnehmer aufgrund einer mangelhaften Leistung, wenn er keine Kündigung des Vertrages ausspricht.*
2. Eine Ausnahme hiervon kann gemacht werden, wenn eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung des Auftragnehmers vorliegt und er zumindest konkludent zum Ausdruck bringt, dass er den Vertrag beenden möchte.*
3. Allein der Umstand, dass eine Mängelbeseitigung durch einen Drittunternehmer durchgeführt wird, bringt nicht zum Ausdruck, dass der Vertrag beendet werden soll.*
4. Für die Annahme einer ernsthafte und endgültigen Erfüllungsverweigerung des Auftragnehmers sind strenge Maßstäbe anzusetzen. Weder die bloße Untätigkeit des Unternehmers auf Mängelanzeigen noch das Bestreiten der Verantwortlichkeit für ein Mangelerscheinungsbild reichen hierfür aus.*

PRAXISHINWEIS

Auftraggeber und Auftragnehmer streiten darüber, ob Mängel an Bodenbelagsarbeiten des Auftragnehmers vorliegen und wenn ja, wer für diese verantwortlich ist. Der Auftraggeber macht klageweise einen Kostenerstattungsanspruch für die Beseitigung der streitigen Mängel geltend. Im Berufungsverfahren weist das OLG Stuttgart die Klage auf Kostenerstattung ab.

Wie das OLG Stuttgart in seinem Urteil ausführt, hat der Auftraggeber die Leistungen des Auftragnehmers nicht abgenommen. Daher richtet sich die Geltendmachung von Mängelansprüchen nach §§ 8 Abs. 3, 4 Abs. 7 Satz 3 VOB/B. Da der Auftraggeber bis zur Selbstvornahme keine Kündigung oder Auftragsentziehung gemäß § 8 Abs. 3 VOB/B erklärt hatte, liegen die Voraussetzungen eines Kostenerstattungsanspruchs nicht vor. Vor Abnahme muss eine Teilkündigung des Vertrages erklärt werden, um Kostenvorschussansprüche geltend machen zu können. Das OLG

Stuttgart geht in diesem Zusammenhang auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein, wonach bei ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung des Auftragnehmers eine Kündigungserklärung des Auftraggebers nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB entbehrlich ist. Für einen Kostenerstattungsanspruch vor Abnahme ist nach Auffassung des OLG Stuttgart neben der ernsthafte und endgültigen Erfüllungsverweigerung des Auftragnehmers auch ein Verhalten des Auftraggebers erforderlich, das dem mit dieser Regelung verfolgten Zweck, nämlich klare Verhältnisse zu schaffen, gerecht wird. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Auftraggeber zumindest konkludent zum Ausdruck bringt, dass er den Vertrag mit dem Auftragnehmer beenden will. Der Umstand, dass der Auftraggeber die Mangelbeseitigungsarbeiten an Dritte vergibt, ist hierfür nicht ausreichend. Das OLG Stuttgart kommt daher zu dem Ergebnis, dass der Auftraggeber vorliegend nicht zum Ausdruck gebracht hatte, den Vertrag mit dem Auftragnehmer beenden zu wollen. Allein das Bestreiten der Mängel durch den Auftragnehmer begründet daher keinen Kostenerstattungsanspruch, weil der Auftraggeber keine Kündigung bzw. Auftragsentziehung erklärt und eine Vertragsbeendigung auch nicht auf andere Weise zum Ausdruck gebracht hatte.

In der Praxis wird vor Einleitung von Maßnahmen der Ersatzvornahme nicht immer überprüft, ob die Abnahme erfolgt ist bzw. die Abnahmevoraussetzungen vorliegen. Sofern die Abnahme nicht erklärt wurde und die Abnahmevoraussetzungen auch nicht anderweitig eingetreten sind, muss dem Auftragnehmer unter Fristsetzung mit Kündigungsandrohung eine Nachbesserungsfrist gesetzt und nach Fristablauf der Auftrag entzogen werden. Geschieht dies nicht, besteht kein Anspruch auf Erstattung der Ersatzvornahmekosten.

Zwischenfristen bei Vertragsstrafen

OLG Brandenburg, U.v. 09.11.2018 – 4 U 49/16

LEITSATZ

1. Die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers getroffene Vertragsstrafenregelung, wonach die für die schuldhaft Überbreitung der Zwischenfristen zu zahlende Vertragsstrafe auf 5 % der Bruttoauftragssumme begrenzt ist, ist unwirksam.*

ANWENDUNGSPFLICHT DER VOB/A-EU 2019 UND DER VOB/A-VS 2019 SEIT DEM 18.07.2019

Am 17.07.2019 wurden die Änderungen der Vergabeverordnung (VgV) und der Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) zur Einführung der Abschnitte 2 und 3 der VOB/A 2019 im Bundesgesetzblatt (BGBl. I 1081) veröffentlicht. Diese Änderungen traten am 18.07.2019 in Kraft. Ab diesem Zeitpunkt sind die Abschnitte 2 und 3 der VOB/A 2019 in der am 19.02.2019 veröffentlichten Fassung anzuwenden. Der Abschnitt 1 der VOB/A 2019 für die nationalen Vergabeverfahren ist für den Bereich des Bundes bereits seit dem 01.03.2019 verbindlich vorgeschrieben. Für die Anwendung der Abschnitte 2 und 3 waren dagegen noch Änderungen der statischen Verweisungen in der VgV und in der VSVgV erforderlich gewesen. Diese Änderungen sind nun erfolgt.

2. Stellt die Klausel über die Vertragsstrafe für die Überschreitung des Gesamtfertigstellungstermins eine eigenständige Regelung dar, die inhaltlich, optisch und sprachlich von der Vertragsstrafe für die Überschreitung der Zwischenfristen trennbar und aus sich heraus verständlich ist, kann dieser Klauselteil einer eigenen Inhaltskontrolle unterzogen werden.*

3. Die Höhe einer formularmäßig vereinbarten Vertragsstrafe für die Überschreitung des Gesamtfertigstellungstermins von 0,2 % je Kalendertag ist ebenso unbedenklich wie die Anknüpfung an die Bruttoauftragssumme einschließlich Nachträgen, wenn der Gesamtbetrag auf 5 % der Bruttoauftragssumme einschließlich Nachträgen begrenzt ist.*

4. Der Auftragnehmer hat eine vereinbarte Vertragsstrafe nicht verwirkt, wenn er den ursprünglich vereinbarten Fertigstellungstermin nur deshalb nicht einhalten kann, weil der Auftraggeber ein Nachtragsangebot nicht zeitnah angenommen hat.*

5. Der auf Zahlung einer Vertragsstrafe in Anspruch genommene Auftragnehmer kann sich auch dann auf fehlendes Verschulden berufen, wenn er keine Behinderung nach § 6 Abs. 1 VOB/B angezeigt hat.*

PRAXISHINWEIS

Der Bauunternehmer macht als Auftragnehmer gegenüber dem Auftraggeber einen Anspruch auf restliche Werklohnzahlung für Leistungen der Gewerke Glasfassade und Metallbau geltend. Im VOB/B-Vertrag heißt es zu den Ausführungsfristen: „Für den AN gelten folgende Vertragstermine: Fertigstellung Fenster und Türen ohne Automatiktür 28.04.2007; Fertigstellung Glasfassade 11.05.2007; Fertigstellung 30.05.2007. Alle genannten Termine, auch die Zwischentermine, sind Vertragstermine.“ Darüber hinaus enthält der Vertrag eine Vertragsstrafenregelung folgenden Inhalts: „Überschreitet der AN die Fertigstellungsfrist schuldhaft, wird je Kalendertag 0,2 % der Bruttoauftragssumme einschließlich Nachträgen bis maximal 5 % der Bruttoauftragssumme, einschließlich Nachträgen fällig.“ Der Bauunternehmer überschritt den auf den 30.05.2007 vereinbarten Fertigstellungstermin um mehr als drei Monate. Der Auftraggeber hält die Vertragsstrafe daher für verwirkt. Der Bauunternehmer verlangt insoweit ungekürzten Werklohn.

Das OLG Brandenburg folgte dem Auftragnehmer im Ergebnis, stellte aber bezüglich der Vertragsstrafenregelung eine differenzierte Betrachtungsweise an.

Vertragsstrafenregelungen in VOB/B-Verträgen stellen häufig AGB dar und unterliegen dann einer AGB-rechtlichen Kontrolle (§§ 305 ff. BGB). Bezieht sich die Vertragsstrafe auf Zwischenfertigstellungstermine für einzelne Arbeiten und zusätzlich auf die Gesamtfertigstellung des Gewerkes, kann es selbst bei Einhaltung des Gesamtfertigstellungstermins zur vollen Ausschöpfung der Vertragsstrafe kommen, wenn einer oder mehrere der (Zwischen-)Fertigstellungstermine überschritten wird, und sei es auch nur geringfügig. Vertragsstrafen, die bei Fristüberschreitungen von Zwischenterminen eine Kumulierung von Einzelvertragsstrafen von 0,2 % der Bruttoauftragssumme je Kalendertag erlauben würden, stellen nach dem OLG Brandenburg daher selbst bei einer Obergrenze der Vertragsstrafe von 5 % eine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers dar. Soweit eine Vertragsstrafenregelung neben der Gesamtfertigstellungsfrist auch die Überschreitung von Zwischenfristen mit einer Vertragsstrafe bewehrt, ist eine solche Regelung wegen Verstoßes gegen § 307 BGB nicht wirksam. Von derartigen Regelungen sollte in AGB daher abgesehen werden. Anders sieht es jedoch für eine auf 5 % der Bruttoauftragssumme ein-

schließlich Nachträgen begrenzte Vertragsstrafe (0,2 % je Kalendertag) für die Überschreitung des Gesamtfertigstellungstermins aus. Eine solche Regelung ist wirksam. Das OLG Brandenburg hält sich damit an die Linie des BGH, sowohl hinsichtlich der Obergrenze von 5 % als auch der kalendertäglichen 0,2 %.

Der Auftragnehmer hatte in dem vom OLG Brandenburg entschiedenen Fall die Vertragsstrafe für die Überschreitung des Gesamtfertigstellungstermins dennoch nicht verwirkt, weil der Auftraggeber ein Nachtragsangebot nicht zeitnah angenommen hat. Daher konnte der Auftragnehmer den vereinbarten Fertigstellungstermin nicht einhalten. Die Verwirkung einer Vertragsstrafe setzt aber Verzug und dieser wiederum Verschulden voraus.

Vergaberecht

Absehen vom Regelfall der Losvergabe

OLG München, B.v. 25.03.2019 - Verg 10/18

LEITSATZ

1. a) Das Absehen vom Regelfall der Losvergabe erfordert eine umfassende Abwägung der widerstreitenden Belange, wobei der Auftraggeber wegen der dabei anzustellenden prognostischen Überlegungen einen Beurteilungsspielraum hat, der im Nachprüfungsverfahren (nur) der rechtlichen Kontrolle unterliegt (im Anschluss an OLG Frankfurt, IBR 2018, 461 = VPR 2018, 181; OLG Düsseldorf, IBR 2012, 533).
 - b) Die Beschaffungsautonomie ist kein Freibrief für eine Gesamtvergabe, allerdings können sich aus dem korrekt ausgewählten Auftragsgegenstand Belange ergeben, die der Auftraggeber bei der Abwägung für oder gegen eine Losvergabe berücksichtigen kann.
 - c) Konkrete projektbezogene Besonderheiten wie z. B. ein hohes Risikopotential des Objekts können eine Gesamtvergabe rechtfertigen (hier: Sicherheitstechnik für eine JVA).
2. (...) Zur Problematik einer "wesentlichen Änderung" der Vergabeunterlagen, die eine Verlängerung der Angebotsfrist erfordert.

PRAXISHINWEIS

Mit Beschluss vom 25.03.2019 hebt das OLG München einen vorangegangenen Beschluss der Vergabekammer Südbayern vom 01.10.2018 zu weiten Teilen auf. Der öffentliche Auftraggeber

hatte im europaweiten Offenen Verfahren umfangreiche sicherheitstechnische Anlagen und Einrichtungen zur Verbesserung der Sicherheit einer Justizvollzugsanstalt ausgeschrieben. Diese Anlagen und Einrichtungen betrafen vier Teilaufgaben (A bis D). Diese beinhalteten die Erneuerung der Beleuchtung des Sicherheitsstreifens der Anstaltsmauer (A), die technische Ausstattung des Sicherheitszauns (B), die Erneuerung der Videoüberwachungsanlage (C) sowie die Umrüstung von Außenabschluss- und Innentüren mit Motorschlössern und Transponder (D). Eine Losaufteilung war nicht vorgesehen worden. Die Antragstellerin, die im Vergabeverfahren allein ein Angebot für Teilleistungen des ausgeschriebenen Auftrags abgegeben hatte, rügte, dass die Ausschreibung gegen das Gebot der Losvergabe gemäß § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB verstoßen würde. Außerdem werde durch die Ausschreibung das Verbot einer produktspezifischen bzw. ein bestimmtes Produkt begünstigenden Ausschreibung gemäß § 7 EU Abs. 2 Satz 1 VOB/A umgangen. Der öffentliche Auftraggeber hatte diese Rüge zurückgewiesen. Die Antragstellerin, die als Sicherheitsunternehmen allein Teile der ausgeschriebenen Leistungen anbot, hatte vor der Vergabekammer Südbayern mit ihrem Nachprüfungsantrag Erfolg. Die Vergabekammer Südbayern hatte mit Beschluss vom 01.10.2018 das Vergabeverfahren aufgehoben. Dies deshalb, da die Auftraggeberin entgegen § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB die Bildung von Fachlosen unterlassen habe und nicht ausreichend darlegen konnte, dass bzgl. aller in Betracht kommender Teilleistungen wirtschaftliche oder technische Gründe gegen die Bildung von Fachlosen sprächen. Die Auftraggeberin hatte in dem Nachprüfungsverfahren argumentiert, dass wegen der besonderen Sicherheitsanforderungen eine „untrennbare Verflechtung“ der Leistungskomplexe vorläge. Die für einen bestimmten Kameratyp gemachte Produktvorgabe wäre ferner vom Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers im Vergabeverfahren gedeckt. Dies hatte die Vergabekammer Südbayern nicht durchgehen lassen und das Vergabeverfahren wegen Verstoßes gegen das Gebot der Losvergabe und Verstoßes gegen das Gebot zur produktneutralen Ausschreibung aufgehoben.

Das OLG München als Rechtsmittelinstanz konnte dagegen keinen Verstoß gegen § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB wegen der beabsichtigten Gesamtvergabe feststellen. Innerhalb der im Rahmen des Ausnahmetatbestandes des § 97 Abs. 4

Satz 3 GWB vorzunehmenden Interessenabwägung steht dem öffentlichen Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum bzgl. der Frage zu, ob – auftragsbezogene – technische oder wirtschaftliche Gründe es erfordern, von der Bildung von Fachlosen abzusehen. Da es sich dabei um komplexe Beurteilungen handeln kann, ist dem Auftraggeber ein entsprechender Spielraum zuzubilligen, der auch die Einschätzung konkreter projektbezogener Risikopotenziale umfasst. Das Regel-Ausnahme-Verhältnis gemäß § 97 Abs. 4 Satz 2, 3 GWB ist nach Ansicht des OLG München nicht dahingehend zu verstehen, dass eine Gesamtvergabe überhaupt nur bei Vorliegen eines objektiv zwingenden Grundes erfolgen darf. Ausreichend sei vielmehr, wenn der Auftraggeber aner kennenswerte Gründe für die Gesamtvergabe vorbringen kann. Hierzu ist es erforderlich, sich mit dem grundsätzlichen Gebot der Fachlosvergabe sowie den im konkreten Fall dagegen sprechenden Gründen auseinanderzusetzen und sodann eine umfassende Abwägung der wider streitenden Belange vorzunehmen, aus der die im vorliegenden Fall überwiegenden Gründe einer Gesamtvergabe folgen. Die getätigte Produktvorgabe in Bezug auf die einzusetzenden Überwachungskameras war nach Auffassung des OLG München von der Vergabestelle umfassend abgewogen worden und in sachlichen und umfassend dokumentierten Erwägungen auf die Ausbruchssicherheit der JVA gestützt worden. Hieraus folgt nach Ansicht des OLG München ein sachlich gerechtfertigter Grund zur technischen Vorgabe eines bestimmten Produkts. Der Beschluss der Vergabekammer Südbayern war daher aufzuheben und der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Immobilienrecht

Ende der fiktiven Schadensberechnung auch im Kaufvertragsrecht?

OLG Frankfurt, U.v. 21.01.2019 - 29 U 183/17 (nicht rechtskräftig)

LEITSATZ

1. (...)
2. Auch der Käufer einer mangelhaften Sache kann seinen Schaden nicht auf der Grundlage der fiktiven Mangelbeseitigungskosten berechnen, wenn er die Sache behält. Dies gilt insbesondere, wenn die fiktiven Mangelbeseitigungskosten den Sachwert des Gebäudes erreichen

oder übersteigen. Ebenso wie im Werkvertragsrecht (vgl. BGH, IBR 2018, 196) ist auch im Kaufrecht aus Gründen des allgemeinen vertraglichen Schadensrechts eine solche Abrechnung mit dem Verbot der Überkompensation unvereinbar.

PRAXISHINWEIS

Die Käufer einer Immobilie nehmen den Verkäufer auf Schadensersatz aus einem Kaufvertrag wegen des vereinbarten Gewährleistungsausschlusses mit der Behauptung der arglistigen Täuschung über Baumängel in Anspruch. Nach Übergabe der Immobilie hatten die Käufer feststellen müssen, dass die Dachterasse und der Dachstuhl massiv vom Holzbock befallen sind. Teile hiervon waren während der Besichtigung vor Abschluss des Kaufvertrages mit Folie abgeklebt. Das Gebäude war zum Zeitpunkt der Übergabe außerdem massiv vom Kellerschwamm befallen, weil Teile der Wände in der Küche und an einem Kamin im Obergeschoss feucht waren. Die betroffene Wand in der Küche war zum Zeitpunkt der Besichtigung mit Korkplatten verkleidet und mit einer Eckbank zugestellt. Die Käufer berechnen ihren Schadensersatzanspruch auf der Grundlage der voraussichtlichen Sanierungskosten und der ihnen entstandenen Auslagen. Das OLG Frankfurt hält diese Art der Schadensberechnung jedoch für unzulässig.

Zutreffend weist das OLG Frankfurt darauf hin, dass die Rechtsprechung des BGH zwar in der Vergangenheit sowohl im Bereich des Kaufrechts als auch im Bereich des Werkvertragsrechts eine Ermittlung der Höhe eines Schadensersatzanspruchs wegen mangelhafter Leistung auf der Grundlage der voraussichtlichen Mangelbeseitigungskosten für zulässig erachtet hat. Diese Rechtsprechung hat der 7. Senat des BGH mit Urteil vom 22.02.2018 (VII ZR 46/17) für den Bereich des Werkvertragsrechts aber aufgegeben und ausgesprochen, dass der Schaden nicht länger nach den fiktiven Mangelbeseitigungskosten bemessen werden könne.

Zur Begründung hatte der BGH u.a. ausgeführt, dass das Leistungsdefizit (Mangel) zwar zu einer Störung des Äquivalenzverhältnisses und damit zu einem Vermögensschaden führt, die Schadenshöhe dadurch jedoch noch nicht geklärt ist. Eine Schadensbemessung nach fiktiven Mangelbeseitigungskosten bilde das Leistungsdefizit im Werkvertragsrecht - insbesondere im Baurecht - auch bei wertender Betrachtung nicht zutreffend ab, sondern führe vielmehr häufig zu einer Über-

kompensation und damit nach allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätzen zu einer nicht gerechtfertigten Bereicherung des Bestellers. Das OLG Frankfurt hält auch im Kaufrecht eine solche Abrechnung nach fiktiven Mangelbeseitigungskosten mit dem Verbot der Überkompensation für unvereinbar. Nach Ansicht des OLG Frankfurt handelt es sich bei der Art der Ermittlung des Schadens um eine Frage des allgemeinen Schadensrechts, die sich für das Kaufrecht in gleicher Weise stellt wie für das Werkvertragsrecht. Der Nacherfüllungsanspruch im Kaufrecht und im Werkrecht sei inhaltsgleich. Aus dieser

Bewertung folgt für das OLG Frankfurt, dass auch bei der Veräußerung einer Immobilie ohne Herstellungsverpflichtung im Fall von Sachmängeln der Schadensersatzbetrag nicht mehr anhand der fiktiven Mangelbeseitigungskosten bemessen werden kann.

Die Abkehr des BGH vom Ersatz fiktiver Mangelbeseitigungskosten im Bauvertragsrecht dürfte wohl zu Recht auf das Kaufvertragsrecht übertragbar sein. Es bleibt allerdings abzuwarten, ob der BGH seine Rechtsprechung auch zum Kaufvertragsrecht insoweit ändern wird.

Theißen Stollhoff & Partner mbB
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT



– INTERN –

➤ TSP – Aktuelle Fachveröffentlichungen



Der Leitfaden „Die neue VOB Bauvergabe 2019“ ist aktuell im Rehm-Verlag erschienen. RAuN Dr. Theißen erläutert die Änderungen und Neuerungen der VOB/A und bietet dem Praktiker zugleich wertvolle Hilfestellungen.

1. Auflage 2019, 452 Seiten, rehm, ISBN 978-3-8073-2703-7



Der Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 4, Vergaberecht II, ist in 2. Auflage im Beck-Verlag gleichfalls neu erschienen. RA Dr. Stollhoff hat hierin zentrale Vorschriften zur Durchführung europaweiter und nationaler Vergabeverfahren kommentiert.

2. Auflage 2019, 1346 Seiten, C.H.BECK, ISBN 978-3-406-68574-3

➤ TSP – Kommende Fachveröffentlichungen

RA Dr. Stollhoff und RAin Dr. Reininghaus arbeiten gegenwärtig an einem VOB/B-Projekthandbuch speziell für das Asset- und Gebäudemanagement. Das Werk wird unter dem Titel „VOB/B – Projekthandbuch für das Asset- und Gebäudemanagement“ Ende 2019 im Fraunhofer IRB Verlag, Stuttgart, erscheinen.

➤ TSP – Kooperation mit öffentlich-rechtlicher Spezialkanzlei

TSP kooperiert seit fast einem Jahr mit der öffentlich-rechtlichen Spezialkanzlei HSA Rechtsanwälte Hentschke und Partner PartmbB, Potsdam. Die Kanzlei, die als Spin-off aus einer renommierten öffentlich-rechtlichen Kanzlei hervorgegangen ist, beschäftigt sich ausschließlich mit Fragen des öffentlichen Planungs-, Umwelt- und Genehmigungsrechts. Die Zusammenarbeit mit RA Dr. Helmar Hentschke, RAin Dr. Daniela Schäfrich und RA Dr. Konrad Asemissen hat sich als sehr nutzbringend erwiesen. Die öffentlich-rechtlichen Baurechtsspezialisten ergänzen das bau- und immobilienrechtliche Projektgeschäft von TSP um den gesamten Bereich des öffentlichen Bauplanungs- und Baugenehmigungsrechts. www.hsa-partner.de

Auf einen Blick

Auswirkungen des EuGH-Urteils vom 04.07.2019 (Rs. C 377/17) zur HOAI

Der EuGH hat mit Urteil vom 04.07.2019 entschieden, dass die verbindlichen Mindest- und Höchstsätze für Honorare von Planungsleistungen der Architekten und Ingenieuren in der HOAI gegen die EU-Dienstleistungsrichtlinie verstoßen. Welche honorarrechtlichen Folgen dieses EuGH-Urteil auf bestehende und künftige Vertragsverhältnisse sowie auf laufende und künftige Vergabeverfahren hat, ist weitgehend offen und - soweit Gerichtsentscheidungen vorliegen - umstritten.

A. Bereits abgeschlossene Verträge

1. Vertragsabschluss bzw. Abruf der Leistungsstufe ab dem 28.12.2009

1.1 Keine schriftliche Honorarvereinbarung bei Auftragserteilung i.S.v. § 7 Abs. 1 HOAI geschlossen

► Mögliche Auswirkungen:

Ansicht I

Der Auftraggeber schuldet die ortsübliche Vergütung nach § 632 Abs. 2 BGB. Mindestsätze nach der HOAI können dann nicht mehr verlangt werden, wenn der Mindestsatz über der ortsüblichen Vergütung liegt.

Ansicht II

Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung: Keine Auswirkungen. Der Planer hat hier nach Anspruch auf den HOAI-Mindestsatz, weil die EuGH-Entscheidung nicht die Auffangregelung in § 7 Abs. 5 HOAI (fehlende Schriftform der Honorarabrede bei Auftragserteilung) betrifft.

1.2 Vorliegen einer schriftlichen Honorarvereinbarung i.S.v. § 7 Abs. 1 HOAI

1.2.1 Honorarvereinbarung innerhalb des Honorarrahmens der HOAI

► Keine Auswirkungen; Honorarvereinbarung bleibt wirksam.

1.2.2 Honorarvereinbarung außerhalb des Honorarrahmens der HOAI (z. B. Pauschale unterhalb der Mindestsätze)

1.2.2.1 Privater Auftraggeber

► Mögliche Auswirkungen:

Ansicht I

Honorarvereinbarung ist wirksam. Eine Mindestsatzunterschreitung bzw. Höchstsatzüberschreitung nach der HOAI kann ab sofort nicht mehr geltend gemacht werden (vgl. OLG Celle, Urteil vom 17.07.2019 - 14 U 188/18 und vom 23.07.2019 - 14 U 182/18; LG Dresden, Beschluss vom 08.02.2018 - 6 O 1751/15; LG Baden-Baden, Beschluss vom 07.05.2019 - 3 O 221/18).

Ansicht II

Honorarvereinbarung ist unwirksam. Die Honorarvereinbarung könnte – wie bisher – wegen Verstoßes gegen die HOAI unwirksam sein. Das Preisrecht der HOAI ist bis zur Novellierung der HOAI zwischen Privaten weiterhin anzuwenden. Denn nach der EuGH-Rechtsprechung kommt eine sog. unmittelbare horizontale Direktwirkung einer – wie hier – nicht umgesetzten EU-Richtlinie bei Streitigkeiten zwischen Privaten grundsätzlich nicht in Betracht (vgl. EuGH, Urteil vom

07.08.2018 – Rs. C-122/17). Die HOAI wird hiernach durch Art. 15 der Dienstleistungsrichtlinie bei Streitigkeiten zwischen Privaten nicht verdrängt (vgl. OLG Naumburg, Urteil vom 13.04.2017, 1 U 48/11; KG, Urteil vom 01.12.2017, 21 U 19/12; LG Stuttgart, Beschluss vom 16.11.2018 - 28 O 375/17; Landesberufungsgericht für Architekten, Architektinnen, Stadtplaner und Stadtplanerinnen, Beschluss vom 01.08.2018, 6s E 46/18).

1.2.2.2 Staatlicher Auftraggeber

- ▶ Mögliche Auswirkungen:

Ansicht I

Honorarvereinbarung ist wirksam. Eine Mindestsatzunterschreitung (bzw. Höchstsatzüberschreitung) nach der HOAI kann aufgrund der sog. vertikalen unmittelbaren Wirkung der EU-Dienstleistungsrichtlinie nicht mehr geltend gemacht werden.

Ansicht II

Honorarvereinbarung ist unwirksam. Die Bundesrepublik Deutschland soll sich nicht auf ihre eigene EU-Vertragsverletzung – hier die versäumte Abschaffung des verbindlichen Honorarrahmens – berufen können (vgl. EuGH, Urteil vom 19.01.1982, Rs. 8/81). Der Planer kann nach dieser Ansicht weiterhin eine Mindestsatzunterschreitung der HOAI gelten machen.

2. Vertragsabschluss bzw. Abruf der Leistungsstufe vor dem 28.12.2009

- ▶ Wohl keine Auswirkungen

Mit Urteil vom 04.07.2019 hat der EuGH einen Verstoß gegen die EU-Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG vom 12.12.2006 festgestellt. Diese EU-Richtlinie vom 12.12.2006 war von den EU-Mitgliedsstaaten erst zum 28.12.2009 umzusetzen (Art. 44 Abs. 1 der Richtlinie).

B. Künftige Verträge bis zur Novellierung der HOAI

Es gelten die Ausführungen zu A.1 entsprechend.

Hinweis: Die HOAI bleibt als solche wirksam. Die HOAI-Sätze können als Honorar vereinbart werden. Die HOAI kann nach wie vor zur Definition der Leistungspflichten vertraglich in Bezug genommen werden.

Empfehlung: **Honorarvereinbarung schließen!**

Im Hinblick auf die bestehenden Unsicherheiten sollten die Vertragsparteien jedenfalls bis zur Novellierung der HOAI auf den Abschluss einer Honorarvereinbarung (Vereinbarung der HOAI-Sätze, Pauschale oder Zeithonorar) achten, die im Hinblick auf § 7 Abs. 1 HOAI der gesetzlichen Schriftform genügt und spätestens bei Auftragserteilung abzuschließen ist.

C. Laufende und künftige Vergabeverfahren

1. Angebot des Bewerbers/Bieters innerhalb des Honorarrahmens der HOAI

- ▶ Keine Auswirkungen

2. Angebot des Bewerbers/Bieters außerhalb des Honorarrahmens der HOAI

- ▶ Kein Ausschluss des Bewerbers/Bieters aufgrund des Verstoßes gegen den Mindestsatz der HOAI mehr möglich. Das Angebot ist – soweit keine anderen Ausschlussgründe vorliegen – zu werten.