

# Newsletter

TSP Theißen Stollhoff & Partner mbB Rechtsanwaltsgesellschaft

Baurecht, Vergaberecht, Immobilienrecht, Architekten- und Ingenieurrecht

## Architektenrecht

### HOAI-Mindestsätze in Altverträgen

BGH, U.v. 02.06.2022 – VII ZR 174/19

#### LEITSATZ

Die Mindestsätze der Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen (HOAI) in der Fassung aus dem Jahre 2013 sind in einem laufenden Gerichtsverfahren zwischen Privatpersonen weiterhin anwendbar.\*

#### PRAXISHINWEIS

In Reaktion auf das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) vom 04.07.2019 (C-377/17) wurde in der Bundesrepublik Deutschland die HOAI zum 01.01.2021 novelliert. Streitig war indes, ob die Mindestsätze der HOAI in der Altfassung (2013) weiterhin Geltung finden oder nicht. Dies war relevant für die – durchaus zahlreichen – Fälle, in denen zwischen den Vertragsparteien ein Honorar des Planers vereinbart wurde, das unter den damals geltenden Mindestsätzen liegt. Da diese Frage zwischen den Obergerichten streitig war, hatte sich der BGH hierzu bereits im Mai 2020 geäußert. Er tendierte zu der Meinung, dass die verbindlichen Mindestsätze trotz des EuGH-Urteils aus dem Jahre 2019 bis zu einer Neuregelung weiterhin anwendbar seien (Beschluss vom 14.05.2020 – VII ZR 174/19) und legte dem EuGH in einem Vorabentscheidungsersuchen Fragen zu den Folgen seines Urteils für laufende Gerichtsverfahren vor. Der EuGH hat sodann mit Urteil vom 18.01.2022 (Rechtssache C-261/20) über diese Frage entschieden. Er vertritt die Auffassung, dass die deutschen Gerichte die HOAI bei Streitigkeiten zwischen Privaten auch weiterhin anwenden können, da EU-Vorgaben keine unmittelbaren Wirkungen für Privatpersonen hätten.

Dieser Auffassung hat sich der Bundesgerichtshof in der mündlichen Verhandlung am 02.06.2022 angeschlossen.

Es steht somit nun fest: Die Mindestsätze der HOAI

#### Inhalt

<b>Aktuelles aus der Rechtsprechung</b>	1
<b>Nachrichten aus der Bau- und Immobilienwirtschaft</b>	
➤ Lieferengpässe und Preissteigerungen	3
➤ EU-Sanktionsvorschriften gegen Russland	5
➤ Vergabenaachprüfungsverfahren in 2021	8
<b>TSP – Intern</b>	11
<b>Auf einen Blick</b>	
Ukraine-Krieg: Auswirkungen auf die öffentliche Bauvergabe	12

## Editorial

Der Ukraine-Krieg hat auch vielfältige Auswirkungen auf die Bau- und Immobilienwirtschaft. Neben Lieferengpässen und Preissteigerungen bei zentralen Baumaterialien entstehen Störungen europaweiter und nationaler Vergabeverfahren. Die Auswirkungen des Ukraine-Kriegs auf die öffentliche Bauvergabe sind in unserer Rubrik „Auf einen Blick“ dargestellt.

Zur Fortgeltung der HOAI-Mindestsätze in Alt-Verträgen liegt zwischenzeitlich das mit Spannung erwartete Urteil des BGH vom 02.06.2022 – XII ZR 174/19 – vor.

Weitere aktuelle interessante Entscheidungen aus dem Bau- und Immobilienrecht sind ebenfalls Inhalt des aktuellen TSP-Newsletters Ausgabe 1/2022.

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

2013 sind zwischen Privatpersonen weiterhin anwendbar. Aufstockungsklagen der Planer aus Altverträgen im Falle von Mindestsatzunterschreitungen haben somit grundsätzlich Aussicht auf Erfolg.

### **Pflichten des Objektüberwachers bei Einmessungsarbeiten**

OLG München, B.v. 17.08.2020 – 28 U 2058/20

#### **LEITSATZ**

Der objektüberwachende Architekt haftet neben dem ausführenden Unternehmer und dem Vermessungsingenieur (alle drei Gesamtschuldner) überwiegend wegen Verletzung seiner Koordinations- und Prüfungspflichten in einem für die Errichtung des Bauvorhabens entscheidenden Bauabschnitt.\*

#### **PRAXISHINWEIS**

Im vorliegenden Fall sollte die Gebäudehöhe eingemessen werden. Der bauüberwachende Architekt rief daher telefonisch bei dem Vermesser die Absteckung des Schnurgerüsts ab, obwohl zu diesem Zeitpunkt nur drei der notwendigen vier Messpunkte freigelegt waren. Weitere Tätigkeiten entfaltete der Architekt nicht, insbesondere informierte er sich nicht über das Ergebnis der Kontrollmessung. Nach Fertigstellung der Rohbauarbeiten wurde festgestellt, dass der Baukörper ca. 50 cm zu tief errichtet worden war, sodass ein vollständiger Rückbau erfolgen musste. Das OLG München stellt in seinem Beschluss fest, dass im Rahmen der gesamtschuldnerischen Haftung neben der Baufirma und dem Vermesser insbesondere der bauüberwachende Architekt (im vorliegenden Fall mit einer Quote von 41,7 %) für den eingetretenen Schaden haftet.

Die zentrale Pflichtverletzung des bauüberwachenden Architekten liegt darin, dass dieser außer dem Abruf der Leistung des Vermessers keine Eigenleistungen erbracht hat, um sicherzustellen, dass das Bauvorhaben in der richtigen Höhenlage errichtet wird. Hierdurch hat er seine Koordinations- und Prüfungspflichten als bauüberwachender Architekt verletzt. Hätte der baubauobjektüberwachende Architekt vor Abruf der Absteckung des Schnurgerüsts die Baugrube kontrolliert, so wäre ihm aufgefallen, dass der Abruf zeit-

lich noch nicht geboten war. Darüber hinaus hätte er sich zeitnah über das Ergebnis der Einmessung informieren müssen.

Eine Verantwortlichkeit des bauüberwachenden Architekten besteht naturgemäß nicht für die Vermessungsarbeit als solche. Vielmehr gebietet die Koordinations- und Prüfungspflicht des bauüberwachenden Architekten, dass dieser kontrolliert, ob eine Einmessung möglich ist, bevor er eine solche beim Vermessungsingenieur abrufft.

### **Architekt haftet nicht für fehlerhafte Kühllastberechnung des Fachplaners**

OLG Köln, B.v. 17.06.2020 – 19 U 223/19

#### **LEITSATZ**

1. Der Architekt haftet für Mängel seiner Planung nur insoweit, wie ihm eine schuldhaft Verletzung seiner Vertragspflichten vorgeworfen werden kann.
2. Am Verschulden fehlt es hingegen, wenn der Architekt wegen des Fehlens eigener Fachkenntnisse Sonderfachleute hinzuzieht. Er haftet in diesem Fall nur insoweit, als der Mangel auf seinen Vorgaben beruht sowie für die Auswahl und Überprüfung der Sonderfachleute nach dem Maß der von ihm als Architekt zu erwartenden Kenntnisse.
3. Sind Sonderfachleute vom Bauherren beauftragt, so kann eine Verpflichtung zur Überwachung und Überprüfung der Fachplanung durch den Architekten nur insoweit angenommen werden, als der betroffene Fachbereich dem allgemeinen Wissensstand des Architekten zuzuordnen ist und es sich um offensichtliche Fehler handelt, die für den Architekten auch ohne Spezialwissen erkennbar sind.
4. Eine Plausibilitätsprüfung der Kühllastberechnung des Fachplaners kann von einem generalistisch tätigen Architekten nicht erwartet werden, da dieser weder über Kenntnisse noch Fertigkeiten verfügt, auf deren Grundlage er eine Überprüfung der Kühllastberechnung hätte vornehmen können.\*

#### **PRAXISHINWEIS**

Der Auftraggeber (AG) nimmt den Auftragnehmer (AN) wegen angeblicher Planungsfehler auf Schadensersatz in Anspruch. Der AN war mit den LP 1-5, 6 und 7 (anteilig) und der künstlerischen Oberleitung gemäß HOAI beauftragt. Geplant wa-

\* Kein amtlicher Leitsatz

ren Umbau, Aufstockung und Modernisierung eines Altbaus zu einem modernen Bürogebäude, welches vom AG zukünftig als Verbandszentrale

#### **LIEFERENGPÄSSE UND PREISSTEIGERUNGEN WICHTIGER BAUMATERIALIEN**

Die Bundesregierung will ihre am 25.03.2022 erlassenen Regelungen als Reaktion auf die Preissteigerungen bei Baustoffen über Ende Juni hinaus verlängern und nachschärfen. Dabei soll auch geprüft werden, wie die Stoffpreisgleitklauseln vereinfacht werden können. Die Stoffpreisgleitklauseln sehen für besonders betroffene Produktgruppen (Stahl, Aluminium, Kupfer, Erdölprodukte, Epoxidharze, Zementprodukte, Holz, Gusseiserne Rohre) eine Beteiligung des Auftraggebers an steigenden Stoffpreisen der Unternehmen vor. Diese orientieren sich an einschlägigen Indizes des Statistischen Bundesamtes. In Ausschreibungen des Bundes sollen diese Klauseln nach Möglichkeit einbezogen werden.

genutzt werden sollte. Besonderheit der Planung war, dass die alte Fassade erhalten bleiben und eine moderne Glasfassade davor gesetzt werden sollte. Auch im Bereich der Aufstockungen war eine Doppelfassade aus Glas vorgesehen und auf dem Dach eine Glaskuppel. Die äußere gebogene Glasfassade sollte aus einer Sonnenschutzverglasung mit metallenen Sonnenschutzlamellen in den Glaszwischenräumen bestehen. Zwischen den beiden Glasfassaden befindet sich ein begehbare Fassadenzwischenraum.

Der AG hat für das Projekt weitere Sonderfachplaner beauftragt, unter anderem für Bauphysik, technische Ausrüstung, Fassadenplanung und für planerische Simulationen zur Entlüftung der Glaskuppel und zur thermischen Situation innerhalb der Doppelfassade.

Der AN hat die Planungen der Fachplaner in seine Ausführungsplanung integriert. Das Gebäude ist entsprechend der Planung umgebaut und aufgestockt worden. Nach Nutzungsaufnahme zeigten sich im Bereich der Aufstockung (5./6. OG) problematische klimatische und schalltechnische Verhältnisse. Der Sachverständige stellte in dem vom AG gegen den AN eingeleiteten selbständigen Beweisverfahren fest, dass sich die Räume bis 34 C° aufheizen, da die Innenseite der Glasfassade bis zu 41 C° warm werden könne und die

Kühldecken unterdimensioniert seien. Zudem sei das Raumklima durch die Strahlungsasymmetrie Glasfassade - Kühldecke nachteilig beeinträchtigt. Darüber hinaus stellte der Sachverständige fest, dass die Anordnung des Sonnenschutzes in den Glaszwischenräumen nicht den anerkannten Regeln der Technik entsprechen würde.

Der AG wirft dem AN vor, dass er die Kühllastberechnung des Fachplaners einer Plausibilitätskontrolle hätte unterziehen müssen. Hierbei wären die erheblichen Fehler der Berechnung aufgefallen. Die Kenntnis des Phänomens der Strahlungsasymmetrie gehöre zu den bauphysikalischen Grundkenntnissen des Architekten. Bei der Verlegung des ursprünglich außenliegend geplanten Sonnenschutzes in die Glaszwischenräume durch den Fachplaner hätte der AN Bedenken anmelden müssen. Der AN habe eine risikoreiche Fassadengestaltung gewählt und hätte den AG darauf hinweisen müssen. Zudem hätte der AN auf eine umfassende thermische Gebäudesimulation, inklusive 5./6. OG, hinwirken müssen. Der AN schulde eine funktionsfähige, den anerkannten Regeln der Technik entsprechende Glasarchitektur, was nicht gegeben sei. Der AG verlangt vom AN Schadensersatz für die Sanierungsarbeiten und merkantilen Minderwert in Höhe von insgesamt 2,4 Mio. €.

Ohne Erfolg! Das OLG Köln lässt es offen, ob die Planung des AN mangelhaft ist. Jedenfalls fehlt es an einer schuldhaften Pflichtverletzung des AN. Der AN hat die Planung der vom AG beauftragten Sonderfachleute nur soweit zu überprüfen, wie die Planung dem allgemeinen Wissensstand des Architekten zugeordnet werden kann und es sich um offensichtliche Fehler handelt, die für den AN auch ohne Spezialkenntnisse erkennbar sind. Das OLG Köln hat bestätigt, dass von dem AN keine Kenntnisse zu erwarten waren, die ihm eine Überprüfung der Fachplanung hätten ermöglichen können. Die Fachplaner wurden vom AG gerade deshalb beauftragt, weil dem AN die Fachkenntnisse in diesem Bereich fehlten. Die unterbliebene Veranlassung einer abschließenden Gebäudesimulation begründet keine Pflichtverletzung des AN, da mehrere Simulationen von Fachplanern vorlagen und für den AN nicht erkennbar war, dass die thermische Situation im 5./6. OG nur unzureichend oder falsch berücksichtigt worden ist.

Der Objektplaner kann grundsätzlich auf das Spezialwissen des Sonderfachmanns vertrauen. Nur bei offensichtlichen Unstimmigkeiten in der Fachplanung, die sich dem AN aufdrängen, ist

der Objektplaner verpflichtet, bei dem Fachplaner nachzufragen und auf den möglichen Fehler hinzuweisen. Allgemeine Nachfragen des Objektplaners, ob die Planung richtig sei, ohne dass es konkreten Anlass für einen Zweifel gibt, sind nicht erforderlich und würden, aufgrund der Unbestimmtheit der Frage, auch nicht zum Überdenken der Planung durch den Fachplaner führen.

## Baurecht

### Verjährung des Erfüllungsanspruchs vor Abnahme?

OLG Rostock, U.v. 02.02.2021 - 4 U 70/19 (nicht rechtskräftig)

#### LEITSATZ

1. Der werkvertragliche Erfüllungsanspruch kann vor dem nach der Abnahme bestehenden Nacherfüllungsanspruch verjähren (entgegen OLG Hamm, IBR 2019, 425).
2. (...)

#### PRAXISHINWEIS

In der Rechtsprechung ist umstritten, ob der Erfüllungsanspruch bereits vor der Abnahme verjähren kann. Ist der Erfüllungsanspruch verjährt, könnten auch keine Mängelansprüche mehr durchgesetzt werden.

Mängelrechte gem. §§ 633 ff. BGB entstehen erst mit der Abnahme des Werkes, mit einem Abnahmesurrogat oder auch ohne Abnahme, wenn der Auftraggeber nicht mehr die Erfüllung des Vertrages verlangen kann und das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist. Bis zu diesem Zeitpunkt kann der Auftraggeber nur Erfüllungsansprüche aus §§ 631 Abs. 1, 1. Halbsatz, 633 Abs. 1 BGB geltend machen (vgl. BGH, Urteil vom 19.01.2017 - VII ZR 235/15).

Nach einer Auffassung soll der auf die Herstellung einer mangelfreien Sache gerichtete Erfüllungsanspruch nicht früher verjähren als der nach Abnahme bestehende Mängelanspruch. Eine Verjährung der Erfüllungsansprüche für Mängel des Werkes trete folglich nicht ein, solange das Werk nicht abgenommen sei, weil das Gesetz die Verjährung der Mängelansprüche erst mit der Abnahme beginnen lasse (so OLG Hamm, Urteil vom 30.04.2019 - 24 U 14/18).

Zu demselben Ergebnis gelangt eine andere Auffassung, nach welcher Ansprüche aus einem

Bauvertrag wegen Mängeln vor der Abnahme zwar der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren nach den §§ 195, 199 BGB unterliegen. Diese regelmäßige Verjährungsfrist soll jedoch in ihrem Ablauf aufgrund einer analogen Anwendung des Rechtsgedankens aus § 634a Abs. 3 Satz 2 BGB bis zum Ablauf von fünf Jahren nach der Abnahme oder einem ihr gleichstehenden Ereignis gehemmt sein (so OLG Stuttgart, Urteil vom 30.03.2010 - 10 U 87/09).

Nach Ansicht des OLG Rostock sprechen dagegen mehrere Gründe dafür, den werkvertraglichen Erfüllungsanspruch im Zusammenhang mit einer Bauleistung der regelmäßigen Verjährung binnen drei Jahren zu unterwerfen, ohne dass von vornherein eine (Ablauf)Hemmung bis fünf Jahre nach Abnahme oder einem ihr vergleichbaren Ereignis anzunehmen ist. Hierdurch sollen Abgrenzungsprobleme, welche sich bei der Differenzierung zwischen Schlechterfüllung und Nichtleistung ergeben, vermieden werden. Der Auftraggeber sei nach Meinung des OLG Rostock auch nicht schutzwürdig. Dem Auftraggeber bleibe genug Zeit, die kenntnisabhängige Verjährungsfrist von drei Jahren rechtzeitig zu hemmen. Ist der Erfüllungsanspruch aber einmal verjährt, soll der Auftraggeber - so das OLG Rostock - auch nicht durch die spätere Erklärung der Abnahme die Mängelansprüche wieder entstehen lassen können.

Gegen die Entscheidung des OLG Rostock ist Revision beim BGH eingelegt worden (Az.: VII ZR 149/21). Der BGH wird die Frage abschließend entscheiden, ob der Erfüllungsanspruch bereits vor dem Mängelanspruch verjähren kann. Bis dahin wird dem Auftraggeber nichts anderes übrig bleiben, innerhalb der Verjährungsfrist des Erfüllungsanspruchs entsprechende Ansprüche rechtzeitig zu hemmen oder die Abnahme bzw. ein Abnahmesurrogat herbeizuführen.

### Unterzeichnung mit „i.A.“ – keine wirksame Abnahme

OLG Celle, U.v. 19.09.2019 – 6 U 37/19

#### LEITSATZ

1. Unterzeichnet ein Mitarbeiter des Auftraggebers das Abnahmeprotokoll mit „i.A.“, bringt er damit zum Ausdruck, dass er keine Verantwortung für den Inhalt des Abnahmeprotokolls übernimmt.

## VERGABEVERFAHREN: EU-SANKTIONSVORSCHRIFTEN GEGEN RUSSLAND

Die Europäische Kommission hat am 08.04.2022 anlässlich des Krieges zwischen Russland und der Ukraine die Verordnung (EU) 2022/576 des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 833/2014 veröffentlicht.

Mit dieser Verordnung wurden Sanktionen erlassen, die die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen, aber auch laufende Verträge betreffen. Die Verordnung ist seit dem 09.04.2022 in Kraft und unmittelbar geltendes Recht.

Sowohl das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz als auch das Bundesministerium für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen haben am 14.04.2022 Erlasse zu vergaberechtlichen Erleichterungen für kriegsbedingte Beschaffungen und zu einem EU-weiten Verbot der Zuschlagserteilung an russische Unternehmen inkl. Eigenerklärung erlassen.

2. In einem solchen Fall erfolgt die Abnahme erst durch die Abnahmeerklärung bzw. -bestätigung des Auftraggebers.\*

### PRAXISHINWEIS

Im vorliegenden Fall war eine förmliche Abnahme zwischen den Vertragsparteien vereinbart worden. Bei dem Termin zur förmlichen Abnahme unterzeichnete ein Mitarbeiter des Auftraggebers das Protokoll mit dem Kürzel „i.A.“. Erst einen Monat später übersandte der Geschäftsführer des Auftraggebers die nunmehr auch von ihm unterzeichnete Abnahmeniederschrift an den Auftragnehmer und verwies auf die fehlende Zeichnungsberechtigung seines Mitarbeiters. Ferner änderte er in dem Abnahmeprotokoll den Begriff „Gesamtabnahme“ durch die Wendung „Teilabnahme“. Im sodann folgenden gerichtlichen Verfahren stritten die Parteien über den Umfang der Abnahme.

Das Oberlandesgericht Celle entschied für diese Fallgestaltung, dass die Unterzeichnung eines Abnahmeprotokolls durch einen Mitarbeiter mit dem Kürzel „i.A.“ nicht für eine wirksame Abnahme ausreicht. Mit dem Zusatz „i.A.“ habe der Mitarbeiter deutlich zum Ausdruck gebracht, für den Inhalt des Abnahmeprotokolls keine Verantwortung übernehmen zu wollen. Dies sei auch für den Auftragnehmer erkennbar gewesen. Im vorliegenden Fall konnte also eine Abnahmewirkung erst im Hinblick auf die später durch den Geschäftsführer des Auftraggebers erklärte Teilabnahme eintreten. Nur insoweit wurde die vom Mitarbeiter unterzeichnete Abnahmeniederschrift nachträglich bestätigt.

Nach der Rechtsprechung gilt zwar der Grundsatz, dass derjenige, der zu einem Abnahmeterrain erscheint, grundsätzlich als bevollmächtigt

anzusehen ist. Allerdings ist, wie das vorliegende Urteil des OLG Celle zeigt, bei der Unterzeichnung mit einem einschränkenden Kürzel (hier: „i.A.“) Vorsicht geboten. Den Vertragsparteien ist daher aus Gründen der Rechtssicherheit zu empfehlen, bei Abnahmeterrainen auf die Unterzeichnung durch eine vertretungsberechtigte Person zu achten; in Zweifelsfällen ist eine Klärung herbeizuführen. Dies kann auch dadurch geschehen, dass in der Abnahmeniederschrift ein entsprechender Vermerk aufgenommen wird wie etwa: „Für den AG (bzw. AN) – Vertretungsmacht ausdrücklich bestätigend“.

### Wann verjährt der Anspruch auf Stellung einer Bauhandwerkersicherung?

BGH, U.v. 25.03.2021 - VII ZR 94/20

### LEITSATZ

Die Verjährungsfrist des Anspruchs auf Stellung einer Bauhandwerkersicherung nach § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB i.d.F. vom 23.10.2008 [jetzt § 650f Abs. 1 Satz 1 BGB] beginnt nicht vor dem Verlangen des Unternehmers nach Sicherheit.

### PRAXISHINWEIS

Die Parteien streiten über eine Schlussrechnungsforderung aus einem im Jahr 2013 geschlossenen Bauvertrag über die Erbringung von Rohbauarbeiten für die Errichtung eines Mehrfamilienhauses. Der Auftraggeber lehnt die Bezahlung u.a. wegen Mängeln ab. Daraufhin erhob der Auftragnehmer im Jahr 2015 Klage auf Zahlung restlicher Vergütung. Mit Schreiben vom 27.09.2018 forderte der Auftragnehmer den Auftraggeber zudem erfolglos auf, eine Sicherheit

nach § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. (jetzt § 650f Abs. 1 Satz 1 BGB) zu stellen (sog. Bauhandwerkersicherung). Die daraufhin vom Auftragnehmer erhobene Klage auf Leistung dieser Sicherheit hat das Landgericht wegen Verjährung abgewiesen. Dagegen hat das Berufungsgericht den Auftraggeber zur Stellung der geforderten Sicherheit verurteilt. Die hiergegen eingelegte Revision des Auftraggebers hat der BGH zurückgewiesen.

In seiner Begründung weist der BGH in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung zunächst darauf hin, dass der Anspruch auf Leistung einer Sicherheit gemäß § 648a Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. in der regelmäßigen - dreijährigen - Verjährungsfrist nach § 195 BGB verjährt.

Umstritten war bislang aber, wann die Verjährungsfrist des Anspruchs auf Stellung der Sicherheit beginnt. § 199 Abs. 1 BGB bestimmt, dass die regelmäßige Verjährungsfrist, soweit nicht ein anderer Verjährungsbeginn bestimmt ist, mit dem Schluss des Jahres beginnt, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.

Teilweise wird daraus abgeleitet, dass die Verjährungsfrist bereits mit Abschluss des Jahres beginnt, in dem der Bauvertrag geschlossen wird. Zur Begründung wird angeführt, dass der Anspruch auf Stellung der Sicherheit bereits mit Abschluss der bauvertraglichen Vereinbarung einer vergütungspflichtigen Tätigkeit entstehe. Ab diesem Zeitpunkt kann er geltend gemacht und notfalls im Wege der Klage durchgesetzt werden.

Nach anderer Ansicht soll es sich bei dem Anspruch auf Stellung der Sicherheit um einen sog. „verhaltenen“ Anspruch handeln, für den die dreijährige Regelverjährungsfrist erst mit Abschluss des Jahres beginnt, in dem die Sicherheit vom Auftragnehmer auch gefordert worden ist.

Der BGH schließt sich der zuletzt genannten Auffassung an. Bei dem Anspruch auf Stellung einer Bauhandwerkersicherung handelt es sich um einen verhaltenen Anspruch. Kennzeichnend für einen verhaltenen Anspruch sind, dass der Schuldner die Leistung nicht bewirken darf, bevor der Gläubiger sie verlangt, und dass seine Entstehung und das Verlangen des Gläubigers nach Leistung zeitlich auseinanderfallen können, weswegen abstrakt die Gefahr einer als unbillig empfundenen Anspruchsverjährung besteht.

Das trifft auf den Anspruch auf Stellung einer Bauhandwerkersicherung zu. Seine Geltendma-

chung steht - wie der Wortlaut der Vorschrift zeigt - im Belieben des Auftragnehmers. Dieser kann die Sicherheit bis zum Wegfall seines Sicherheitsbedürfnisses grundsätzlich jederzeit und unabhängig von einer etwaig erfolgten Abnahme seiner Leistungen oder bestehenden Mängelansprüchen des Auftraggebers verlangen. Der Auftraggeber darf hingegen die Sicherheit nicht ohne ein entsprechendes Verlangen des Auftragnehmers von sich aus stellen. Denn die Stellung der Sicherheit hat zur Folge, dass der Auftragnehmer die üblichen Kosten der Sicherheitsleistung bis zu einem Höchstsatz von 2 % des zu sichernden Betrags für das Jahr zu tragen hat. Der Sicherheitsanspruch weist auch die für verhaltene Ansprüche charakteristische und als unbillig empfundene Gefahr der Anspruchsverjährung infolge des Auseinanderfallens von Entstehung und Geltendmachung des Anspruchs auf. Diese abstrakte Gefahr der Anspruchsverjährung folgt nach Ansicht des BGH daraus, dass sich das Sicherheitsbedürfnis des Auftragnehmers während der Durchführung des Bauvertrages verändern kann, weil sich z.B. die wirtschaftliche Situation des Auftraggebers verschlechtert hat. Da es sich bei einem Bauvertrag um einen Langzeitvertrag handelt, dessen Abwicklung leicht die Dauer der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren überschreiten kann, besteht auch die abstrakte Gefahr einer Verjährung des Sicherheitsanspruchs vor dem endgültigen Wegfall des Sicherheitsbedürfnisses des Auftragnehmers. Dies wäre nach Ansicht des BGH unbillig.

---

### **Zu den Erfordernissen einer ordnungsgemäßen Bedenkenanmeldung nach § 4 Abs. 3 VOB/B**

OLG Brandenburg, U.v. 29.07.2021 – 12 U 230/20

#### **LEITSATZ**

1. Seiner Bedenkenhinweispflicht kommt der Auftragnehmer nur nach, wenn er die nachteiligen Folgen und die sich daraus ergebenden Gefahren der unzureichenden Vorgaben konkret darlegt, damit dem Auftraggeber die Tragweite der Nichtbefolgung hinreichend verdeutlicht wird.
2. Der Bedenkenhinweis hat zwar nach § 4 Abs. 3 VOB/B schriftlich zu erfolgen. Das bedeutet aber nicht, dass ein mündlicher Hinweis unerheblich ist. Vielmehr reicht ein mündlicher Hinweis aus, wenn dieser eindeutig, inhaltlich klar, vollständig und erschöpfend ist.\*

## PRAXISHINWEIS

In dem Fall geht es um Ansprüche auf Kostenvorschuss und Kostenerstattung für die Beseitigung geltend gemachter Mängel im Subunternehmerverhältnis auf Auftragnehmerseite. Der Subunternehmer war vom Hauptunternehmer, einem Spezialbauunternehmen im Bereich Bodenbeschichtungen, Hoch- und Tiefbau, mit der Ausführung von Demontage- und Abbrucharbeiten des Parkplatzbelages eines Parkdecks eines Wohn- und Geschäftszentrums, der Wiederherstellung und dem Einbau einer Rinnenkonstruktion zur Entwässerung und Erneuerung des Parkdecks sowie dem Wiederaufbau der Pflanztröge inklusive der Begrünung und der Wiederherstellung der Rinnenkonstruktion und des Pflasterbelages im Gehwegbereich des Parkdecks beauftragt worden. Die Parteien streiten über die Verantwortlichkeit des Subunternehmers für von der Klägerin gerügte Mängel einer unvollständigen Fugenverfüllung des Pflasterbelages sowie eines fehlenden fachgerechten Einbaus der Entwässerungsrinnen. Das Landgericht Potsdam hat der Klage auf Grundlage der § 637 Abs. 3 BGB bzw. § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B stattgegeben, nachdem der gerichtlich bestellte Sachverständige Fugenverschiebungen an der Pflasterfläche festgestellt hatte. Die vom Beklagten vorgelegten Bedenkenanzeigen seien inhaltlich nicht ausreichend gewesen. Der beklagte Subunternehmer rügt die Auffassung des Landgerichts, die schriftlichen Bedenkenanzeigen zur unzureichenden Aufbauhöhe seien inhaltlich nicht ausreichend gewesen, als unzutreffend. Da es sich bei der Klägerin um ein Spezialbauunternehmen mit hoher technischer und planerischer Kompetenz handele, seien seine schriftlichen Bedenkenanzeigen für die Klägerin klar und verständlich gewesen und von der Klägerin auch nicht zurückgewiesen worden.

Das OLG Brandenburg hob das erstinstanzliche Urteil auf und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurück. Seiner Bedenkenhinweispflicht nach § 4 Abs. 3 VOB/B kommt der Unternehmer nur nach, wenn er die nachteiligen Folgen und die sich daraus ergebenden Gefahren der unzureichenden Vorgaben konkret darlegt, damit dem Besteller die Tragweite der Nichtbefolgung hinreichend verdeutlicht wird. Die schriftliche Bedenkenanzeige des Subunternehmers erfüllte diese Voraussetzungen nicht. Dieser hat jedoch bei einer Besprechung den Geschäftsführer der

Klägerin eingehend, verständlich und technisch präzise über die grundsätzliche Problematik geringer Aufbauhöhen im Fall der Herstellung von Flächenbelegen aus Betonwerksteinpflaster auf unterbauten Flächen unterrichtet und auf mögliche Folgen, insbesondere über die Gefahr der Verschiebung von Fugen, die als Schadenssymptomatik aus einschlägigen Fachpublikationen bekannt gewesen sei, hingewiesen. Dieser Vortrag wurde unter Zeugenbeweis gestellt. Zwar hat nach § 4 Abs. 3 VOB/B der Bedenkenhinweis grundsätzlich schriftlich zu erfolgen. Das bedeutet jedoch nicht, dass ein mündlicher Hinweis unerheblich ist. Vielmehr reicht ein mündlicher Hinweis aus, wenn dieser eindeutig, inhaltlich klar, vollständig und erschöpfend ist. Jedenfalls müsste sich die Klägerin ein Mitverschulden nach § 254 BGB zurechnen lassen, wenn sie Hinweise des Auftragnehmers trotz zuverlässiger mündlicher Belehrung nicht befolgt. Dieses substantiierte und unter Beweis gestellte Vorbringen des Beklagten ist vom Landgericht im angefochtenen Urteil völlig unberücksichtigt gelassen worden, worin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt.

Das OLG Brandenburg konnte sich für seine Rechtsauffassung auf den Bundesgerichtshof und andere Oberlandesgerichte berufen. Die Einhaltung der Schriftform ist bei § 4 Abs. 3 VOB/B an sich Wirksamkeitsvoraussetzung. Die Rechtsprechung lässt aber durchaus Erleichterungen zu. Es handelt sich bei dieser Regelung auch nicht um ein gesetzliches, sondern bei wirksamer Einbeziehung der VOB/B um ein vertraglich vereinbartes Formerfordernis i.S. von § 127 BGB. Daher erfüllt auch eine Bedenkenanzeige per E-Mail das Schriftformerfordernis des § 4 Abs. 3 VOB/B, weil E-Mails der telekommunikativen Übermittlung gem. § 127 Abs. 2 Satz 1 BGB zuzuordnen sind. Das OLG Brandenburg lässt hier sogar mündliche Erläuterungen im Nachgang von zwar schriftlichen, aber inhaltlich unzureichenden Bedenkenanzeigen des Subunternehmers ausreichen. Generell ist unbedingt darauf zu achten, dass die Anmeldung von Bedenken nach § 4 Abs. 3 VOB/B stets sorgfältig erfolgt. Ein Bedenkenhinweis muss rechtzeitig, in der gebotenen Form, in der gebotenen Klarheit und an den richtigen Adressaten erfolgen. Der Auftragnehmer muss die nachteiligen Folgen und die sich daraus ergebenden Gefahren der unzureichenden Vorgaben konkret darlegen, um den Auftraggeber in die Lage zu versetzen, die Tragweite der Nichtbefolgung klar zu erkennen. Der

sicherste Weg bleibt aber immer, dies schriftlich zu formulieren.

### **Unzulässiger Aufrechnungsausschluss in AGB des Auftragnehmers**

OLG Brandenburg, U.v. 11.11.2021 – 12 U 79/21

#### **LEITSATZ**

1. Zur Zulässigkeit der Bestimmung in AGB des Auftragnehmers: „Eine Aufrechnung gegen den Werklohnanspruch ist nur mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung zulässig.“
2. Fehlende Baugenehmigung steht dem Verzugseintritt des Auftragnehmers entgegen.\*

#### **PRAXISHINWEIS**

Die Berufungsentscheidung des OLG Brandenburg ist zu einem Urteil des LG Frankfurt (Oder) (Urteil vom 01.04.2021 – 31 O 15/20) ergangen. Im landgerichtlichen Verfahren vor dem LG Frankfurt (Oder) hatte ein Unternehmer Zahlung von offenem Werklohn für die Planung und Errichtung einer Trafostation auf einem von dem beklagten Auftraggeber bereitzustellenden Grundstück verlangt. Der beklagte Auftraggeber rechnete mit Schadensersatzansprüchen wegen verzögerter Leistungserbringung auf und erhob wegen überschießender Forderungen Widerklage gegen den Auftragnehmer. Dieser berief sich auf

einen bauvertraglich vereinbarten Aufrechnungsausschluss. Ferner darauf, dass die Baugenehmigung für eine Zuwegung erst später erteilt wurde.

Das LG Frankfurt (Oder) hatte den beklagten Auftraggeber verurteilt, an den Auftragnehmer den begehrten Werklohn nebst Zinsen zu zahlen und die Widerklage des Auftraggebers abgewiesen. Die Stattgabe der Klage und die Abweisung der Widerklage hatte das LG Frankfurt (Oder) darauf gestützt, dass keine aufrechenbaren Gegenansprüche des Auftraggebers bestünden. Im Bauvertrag wäre ein wirksames Aufrechnungsverbot vereinbart, das den Anforderungen der §§ 307 ff. BGB gerecht werde. Zudem bestehe kein Schadensersatzanspruch des beklagten Auftraggebers aus den §§ 280, 286 BGB. Denn der Auftragnehmer sei mit der betriebsbereiten Übergabe der Trafostation nicht in Verzug geraten. Die Baugenehmigung sei erst Ende September/Anfang Oktober 2019 erteilt worden. Daher sei die Leistungserbringung innerhalb der vertraglich vereinbarten Ausführungsfrist von 18 Wochen erfolgt.

Das OLG Brandenburg hat die Berufung des beklagten Auftragnehmers zurückgewiesen. Zwar ist aus Sicht des OLG Brandenburg das Aufrechnungsverbot, das in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftragnehmers enthalten war („Eine Aufrechnung gegen den Werklohnanspruch ist nur mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung zulässig.“), unwirksam. Dieses Aufrechnungsverbot benachteiligt den Auftraggeber gemäß § 307 BGB entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen. In Anlehnung an einem vom BGH (Urteil vom 07.04.2011 – VII ZR 209/07) entschiedenen Fall umfasst das Aufrechnungsverbot in den AGB des Auftragnehmers nämlich unterschiedslos auch die in einem synallagmatischen Verhältnis zur Werklohnforderung stehenden Schadensersatzansprüche. Die Klausel führt daher zu einer unangemessenen Benachteiligung des Bestellers (Auftraggebers). Dies gilt auch im kaufmännischen Rechtsverkehr.

Trotz Unwirksamkeit des Aufrechnungsverbots war der Klage stattzugeben und die Widerklage abzuweisen. Dies deshalb, da der Auftragnehmer sich nicht in Verzug befand. Der Auftragnehmer wäre einerseits vom Auftraggeber nicht verzugsbegründend gemahnt worden. Andererseits käme eine Schadensersatzpflicht des Auftragnehmers für den Zeitraum von vornherein nicht in Betracht, den der Auftraggeber für die von ihm zu besor-

### **VERGABENACHPRÜFUNGSVERFAHREN IN 2021**

Im Jahr 2021 sind 865 Anträge auf Nachprüfungsverfahren bei den Vergabekammern des Bundes und der Länder eingegangen. Das sind 123 Anträge weniger als im Jahr 2020. 958 Verfahren wurden in 2021 beendet. Die Entscheidungen fielen in 190 Fällen sachlich zugunsten der öffentlichen Auftraggeber aus und 122 Mal zugunsten der Auftragnehmer. Bei den Vergabesenaten der Oberlandesgerichte gab es 171 neue Beschwerdeverfahren. 60 Beschwerden aus den Vorjahren waren noch nicht entschieden. 121 konnten die Gerichte 2021 abarbeiten. Die meisten Beschwerden (78,4 %) wurden von den Antragstellern eingereicht.

gende Baugenehmigung für die Zuwegung zur Trafostation benötigte. In diesem Zeitraum war dem Auftragnehmer die Erbringung seiner Leistungen unmöglich. Dies aus Gründen, die der Auftragnehmer nicht zu vertreten hatte. Die im Bauvertrag vereinbarten 18 Wochen Fertigstellungsfrist dürfen nicht losgelöst von den übrigen Vertragsinhalten verstanden werden. Daher hat das OLG Brandenburg die Fristen und Klausel im Bauvertrag dahingehend ausgelegt, dass die Fertigstellungsfrist erst mit Fertigstellung aller von dem Auftraggeber zu erbringenden Vorleistungen (vorliegend die Baugenehmigung der Zuwegung als Leistungsvoraussetzung des Auftragnehmers) beginnt. Da der Auftragnehmer erst ab dann tätig werden konnte, hat er die vertraglich vereinbarte Fertigstellungsfrist von 18 Wochen eingehalten und schuldete keinen Verzugsschadensersatz.

## Vergaberecht

### Schadensersatz bei rechtswidriger Aufhebung der Ausschreibung?

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

#### LEITSAZ

1. Verletzt der öffentliche Auftraggeber eine Rücksichtnahmepflicht im vorvertraglichen Schuldverhältnis, indem er ein Vergabeverfahren rechtswidrig aufhebt (hier: ohne einen Aufhebungsgrund nach § 17 Abs. 1 VOB/A 2016), steht dem Bieter, auf dessen Angebot bei Vergabe des Auftrags der Zuschlag zu erteilen gewesen wäre, ein Schadensersatzanspruch zu. Der Anspruch ist auf den Ersatz des Schadens gerichtet, der dem Bieter durch die mangelnde Beachtung der für das Verfahren und seine mögliche Aufhebung maßgeblichen Vorschriften entstanden ist.
2. Dieser zu ersetzende Schaden besteht grundsätzlich in den Aufwendungen, die der Bieter zur Wahrnehmung seiner Chance auf einen Zuschlag vorgenommen hat und hierzu für erforderlich halten durfte. Personalkosten für die Angebotserstellung sind dabei auch ohne konkreten Nachweis des Bieters, dass er ohne diesen Aufwand durch deren Tätigkeit anderweitig Einnahmen erwirtschaftet hätte, ersatzfähig.
3. Ein Anspruch auf Ersatz entgangenen Gewinns kommt grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn das Vergabeverfahren mit einem Zuschlag abgeschlossen wird, der Zuschlag jedoch nicht demjenigen Bieter erteilt wird, auf dessen Ange-

bot bei Beachtung der maßgeblichen vergaberechtlichen Vorschriften allein ein Zuschlag hätte erteilt werden dürfen.

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

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

#### PRAXISHINWEIS

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

1. Dem Bieter, auf dessen Angebot bei Vergabe des Auftrags der Zuschlag hätte erteilt werden müssen, steht ein Schadensersatzanspruch zu.
2. Der Schadensersatzanspruch ist grundsätzlich auf das negative Interesse ausgerichtet. D.h., der Bieter kann seine Aufwendungen im Zusammenhang mit seiner Beteiligung an dem Vergabeverfahren ersetzt verlangen. Personalkosten sind ohne konkreten Nachweis ersatzfähig.
3. Einen Anspruch auf das positive Interesse, d.h. auf den ergangenen Gewinn, hat der Bieter dann, wenn er bei Beachtung der vergaberechtlichen Vorschriften allein den Zuschlag erhalten hätte.

4. Auch für den Fall der vergaberechtswidrigen Aufhebung des Verfahrens hat der Bieter einen Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses (siehe zuvor Ziff. 2.).

5. Will allerdings der Bieter mit dem annehmbarsten Angebot im Falle einer vergaberechtswidrigen Aufhebung des Vergabeverfahrens einen Anspruch auf Ersatz des positiven Interesses (entgangener Gewinn) geltend machen, so müssen folgende Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sein:

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

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

### **Schadensersatz wegen fehlerhafter Durchführung eines Vergabeverfahrens?**

BGH, U.v. 23.11.2021 - XIII ZR 20/19

#### **LEITSATZ**

Ein Anspruch auf Ersatz entgangenen Gewinns besteht nicht, wenn der öffentliche Auftraggeber ein mit einer Aufhebung des ersten Vergabeverfahrens und einer fehlerfreien Neuvergabe wirtschaftlich und wertungsmäßig entsprechendes Ergebnis herbeiführt, indem er mit demjenigen, der den Zuschlag zu Unrecht erhalten hat, einen Aufhebungsvertrag schließt und sodann in Bezug auf den gleichen Auftrag ein neues Vergabeverfahren durchführt.

### **PRAXISHINWEIS**

1. Ein übergangener Bieter fordert von der ausschreibenden Gemeinde Schadensersatz wegen fehlerhafter Durchführung eines nationalen Vergabeverfahrens für Bodenbelagsarbeiten. Die Gemeinde hatte einem Mitbieter als vermeintlich günstigsten Bieter den Zuschlag auf sein Angebot erteilt. Anschließend wurde festgestellt, dass es bei der Bearbeitung der Angebote zu einem Übertragungsfehler gekommen war. Dadurch war das Angebot des Mitbieters geringfügig günstiger erschienen als das des unterlegenen Bieters. Daraufhin schloss die Gemeinde mit dem Mitbieter einen Aufhebungsvertrag. Es wurde ein neues Vergabeverfahren unter Beteiligung des Mitbieters und der anderen Bieter durchgeführt. Der Mitbieter erhielt in diesem zweiten Vergabeverfahren erneut den Zuschlag.

2. Nach Ansicht des BGH steht dem übergangenen Bieter vorliegend kein Schadensersatzanspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns zu (sog. „positives Interesse“), den er mit der Ausführung des Auftrags erzielt hätte.

Zwar wird durch die Teilnahme an einer Ausschreibung ein vorvertragliches Schuldverhältnis begründet, durch das Rücksichtnahmepflichten gemäß § 241 Abs. 2 BGB entstehen. Verletzt die Vergabestelle eine solche Rücksichtnahmepflicht, kann der Bieter Ersatz des Schadens verlangen, der ihm durch die mangelnde Beachtung der für das Verfahren und seine mögliche Aufhebung maßgeblichen Vorschriften entstanden ist. So ist regelmäßig ein Anspruch des Bieters auf Erstattung des sog. negativen Interesses gegeben, wenn die Vergabestelle das Vergabeverfahren aufhebt, ohne dass ein Aufhebungsgrund nach § 17 Abs. 1 VOB/A vorliegt.

Die vergaberechtlichen Vorschriften begründen aber keinen Anspruch auf die Auftragserteilung selbst. Ein Anspruch auf Ersatz entgangenen Gewinns besteht daher ausnahmsweise dann, wenn der übergangene Bieter den Auftrag bei ordnungsgemäßer Vergabe hätte erhalten müssen und dem „falschen“ Bieter der Zuschlag tatsächlich erteilt worden ist.

Im entschiedenen Fall hatte zwar der „falsche“ Bieter den Auftrag zunächst erhalten. Indes war es zu einem den gesamten Auftrag betreffenden Aufhebungsvertrag und einer sich daran anschließenden Neuvergabe gekommen. Im Rahmen dieser Neuvergabe war dem übergangenen Bieter das Recht auf Teilhabe und Wahrung seiner Chance bei der Auftragsvergabe ausreichend

gewahrt worden. Eine Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften in dem von der Gemeinde durchgeführten zweiten Vergabeverfahren behauptete der übergangene Bieter nicht.

Nach den vorstehenden Grundsätzen wäre allenfalls ein Anspruch auf das negative Interesse in Betracht gekommen, wenn es - wie hier - zum Abschluss eines Aufhebungsvertrags mit dem „falschen“ Bieter und Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens kommt. Einen solchen Anspruch hatte der übergangene Bieter indes nicht geltend gemacht.

## Ausschluss des Konkurrenzschutzes und Öffnungspflicht

BGH, U.v. 06.10.2021 - XII ZR 11/20

### LEITSATZ

Die formularvertraglich vereinbarte Betriebs- und Offenhaltungspflicht des Mieters eines Ladengeschäfts in einem Einkaufszentrum stellt auch im Zusammenspiel mit fehlendem Konkurrenzschutz keine unangemessene Benachteiligung dar, wenn sie mit keiner hinreichend konkreten Sortimentsbindung verbunden ist (im Anschluss an Senatsurteil vom 03.03.2010 - XII ZR 131/08, IMR 2010, 228, und in Abgrenzung zum Senatsurteil, IMR 2020, 203).

## Immobilienrecht

Theißen Stollhoff & Partner mbB  
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT



– INTERN –

### ➤ TSP ist TOP-Wirtschaftskanzlei 2021 im Baurecht

Das Wirtschaftsmagazin FOCUS hat TSP auf Grundlage von Mandantenempfehlungen den Titel „TOP Wirtschaftskanzlei 2021 im Baurecht“ verliehen.

### ➤ TSP – Neue Homepage

Das Online-Informationsangebot von TSP wurde neu gestaltet und ausgeweitet. Auf [www.ts-law.de](http://www.ts-law.de) finden Sie aktuelle Informationen und Materialien zum Architekten-, Bau-, Vergabe- und Immobilienrecht sowie zu den TSP-Fachseminaren und TSP-Fachveröffentlichungen.

### ➤ TSP – Fachveröffentlichungen

Das Standardwerk zum Vergaberecht, der Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, Band 3 und 4, Vergaberecht I und II, ist in 4. Auflage 2022 erschienen. RA Dr. Frank Stollhoff hat in dem Werk (Band 4, Vergaberecht II) zentrale Vorschriften zur Durchführung nationaler und europaweiter Ausschreibungsverfahren, die §§ 12, 12 a, 13, 14, 14 a, 15 VOB/A, §§ 12, 12 a, 13, 14, 15 EU VOB/A, §§ 12, 12 a, 13, 14, 15 VS VOB/A, kommentiert.



Mit dem Rechtsleitfaden „Umnutzung von Gewerbeimmobilien“, 1. Auflage 2022, geben die Rechtsanwälte von TSP auf 181 Seiten einen Überblick zu den Besonderheiten des Umbaus und der Umnutzung von Gewerbeimmobilien. Neben Handlungsempfehlungen findet der Leser zahlreiche Checklisten, Formulierungsbeispiele und Schaubilder.



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



## Auf einen Blick

### Ukraine-Krieg: Auswirkungen auf die öffentliche Bauvergabe

Aufgrund des Ukraine-Krieges sind die Preise vieler Baumaterialien stark angestiegen. Die Auswirkungen auf die öffentliche Bauvergabe veranschaulicht die nachfolgende Übersicht:

#### 1. Künftige Vergabeverfahren

Bei der Einleitung **neuer Vergabeverfahren** ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Aufnahme einer **Stoffpreisklausel** (Formblatt 225 VHB) gegeben sind (für Bundesbaumaßnahmen vgl. bis zum 30.06.2022 befristeter Runderlass des Bundesministeriums für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen vom 25.03.2022).

#### 2. Laufende Vergabeverfahren

Bei **laufenden Vergabeverfahren** ist zu unterscheiden, ob die Angebotsfrist noch läuft oder nicht:

##### ➤ Angebotsfrist läuft noch

Der Bieter kann bis Ablauf der Angebotsfrist sein Angebot im Hinblick auf die Auswirkungen des Ukrainekriegs **zurückziehen** und ggf. angepasst mit Risikozuschlägen neu einreichen. Die Vergabestelle kann prüfen, ob die nachträgliche Aufnahme einer **Stoffpreisklausel** (Formblatt 225 VHB) geboten, das Vergabeverfahren deswegen zurückzusetzen bzw. aufzuheben und neu auszuschreiben ist.

##### ➤ Angebotsfrist ist abgelaufen

Der Bieter ist an sein Angebot bis zum Ablauf der Binde- und Zuschlagsfrist **gebunden**. Er kann sein Angebot in dieser Zeit nicht zurücknehmen. Die Vergabestelle kann prüfen, ob die nachträgliche Aufnahme einer **Stoffpreisklausel** (Formblatt 225 VHB) geboten, das Vergabeverfahren deswegen zurückzusetzen bzw. aufzuheben und neu auszuschreiben ist. Die Vergabestelle hat zudem gem. § 15 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A 2019 bei Vorliegen dahingehender Anhaltspunkte bzw. auf Hinweis des Bieters **aufzuklären**, ob wegen bekannter Lieferschwierigkeiten die Vertragstermine und -fristen noch erfüllbar sind und wegen bekannter Materialpreissteigerungen der Angebotspreis nicht **unangemessen niedrig** ist (§ 16d EU Abs. 1 Nr. 1, 2 VOB/A 2019). Ist die Aufklärung nicht erfolgreich oder liegt ein unangemessen niedriger Angebotspreis vor, ist das Angebot **auszuschließen bzw. nicht zu werten**.

#### 3. Nach Zuschlagserteilung / Umgang mit bestehenden Verträgen

➤ **Grundsatz:** Das Beschaffungs- und Preisrisiko liegt **allein** beim Auftragnehmer - **kein** Anpassungsanspruch.

##### ➤ **Ausnahmen:**

- Es wurden im Vertrag **Vertragsanpassungsklauseln** vereinbart (z.B. Preisvorbehalte, Preisgleitklauseln, Force-Majeure-Klauseln).

- Das Beschaffungs- und Preisrisiko betrifft Anordnungen von **geänderten oder zusätzlichen Leistungen** (§ 2 Abs. 5 oder 6 VOB/B) oder **Mengenüberschreitungen** von mehr als 10 % (§ 2 Abs. 3 Nr. 2 VOB/B). In diesem Fall sind die tatsächlichen Mehrkosten bei der Preisanpassung und etwaige Lieferschwierigkeiten bei der Verlängerung der Vertragstermine bzw. -fristen zu berücksichtigen.

- **Terminanpassung** gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 1 c) VOB/B:

Sind Materialien nachweislich und kausal wegen des Ukrainekrieges nicht oder vorübergehend nicht beschaffbar, kann von einem Fall der **höheren Gewalt** bzw. einem anderen **nicht abwendbaren Ereignis** im Sinne von § 6 Abs. 2 Nr. 1 c) VOB/B auszugehen sein. Voraussetzung ist, dass die Lieferschwierigkeiten unvorhersehbar, nicht auf eine mangelnde Planung oder zu geringe Bestellung/nicht rechtzeitige Vertragsbindung von Lieferanten, Nachunternehmern etc. zurückzuführen ist und dem Auftragnehmer eine anderweitige - gegebenenfalls auch Mehrkosten auslösende - Ersatzbeschaffung und/oder Beschleunigung zur Kompensation der aufgetretenen Bauablaufstörungen (Mehrarbeit/Wochenendarbeit, Einbeziehung anderer Nachunternehmer, Lieferantenwechsel etc.) nicht möglich war. Als Rechtsfolge wird die **Ausführungsfrist verlängert** um die Dauer der Nichtlieferbarkeit der Materialien zuzüglich eines angemessenen Aufschlags für die Wiederaufnahme der Arbeiten (§ 6 Abs. 4 VOB/B).

- **Preisanpassung** wegen Störung der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB:

- Zuschlagserteilung/Vertragsabschluss **nach** Beginn des Ukrainekrieges: Grundsätzlich **kein** Anpassungsanspruch.
- Zuschlagserteilung/Vertragsabschluss **vor** Beginn des Ukrainekrieges: Im Einzelfall kann ausnahmsweise ein Preisanpassungsanspruch bestehen, wenn eine so **erhebliche Störung des Vertragsgefüges** vorliegt, dass dem Auftragnehmer ein Festhalten am Vertragspreis schlicht unzumutbar ist (Kostensteigerung bezogen auf das Gesamtvertragspreisniveau **von mehr als 20 %**, wobei nach BGH-Ansicht stets eine Einzelfallbetrachtung erforderlich ist). Im Falle einer Preisanpassung gem. § 313 BGB sind ggf. die Grenzen von § 132 GWB bzw. § 22 EU VOB/A zu beachten.