

# Newsletter

TSP Theißen Stollhoff & Partner Rechtsanwaltsgesellschaft

Baurecht, Vergaberecht, Immobilienrecht, Architekten- und Ingenieurrecht

## AKTUELLES AUS DER RECHTSPRECHUNG

## Editorial

### Baurecht

#### Geänderte Leistungen

OLG Düsseldorf, U.v. 20.01.2009 - 23 U 47/08

#### LEITSATZ

1. Eine ausdrückliche oder konkludente Anordnung des Auftraggebers mit dem Inhalt einer Änderung des Bauentwurfs i.S.v. § 2 Nr. 5 VOB/B i.V.m. § 1 Nr. 3 VOB/B oder eine andere Anordnung i.S.v. § 2 Nr. 5 VOB/B setzt eine rechtsgeschäftliche Erklärung voraus, für deren Wirksamkeit die Regeln einer Willenserklärung gelten.
2. Die Rechtsprechung des BGH zur Abgrenzung von Anspruchsgrund und Anspruchshöhe im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs gemäß § 6 Nr. 6 VOB/B und der entsprechenden Bemessung der Darlegungs- und Beweislast des Auftragnehmers gemäß § 286 ZPO bzw. 287 ZPO (vgl. Urteile vom 24.02.2005, VII ZR 222/03, BauR 2005, 861 sowie VII ZR 141/03, BauR 2005, 857) ist im Rahmen eines vertraglichen Anspruchs auf Anpassung der Vergütung gemäß § 2 Nr. 5 VOB/B weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar.

#### HINWEIS

Das OLG Düsseldorf stellt klar, dass Änderungen des Bauentwurfs

i.S.d. §§ 1 Nr. 3, 2 Nr. 5 VOB/B grundsätzlich ausdrücklich erfolgen müssen. Für eine konkludente Anordnung genügt es nicht, darauf abzustellen, dass der Auftraggeber eigentlich eine Pflicht zur Auftragserteilung gehabt hätte. Ein Nichthandeln im Rahmen einer solchen Rechtspflicht soll nach Auffassung des OLG

Die aktuelle Ausgabe 2-2009 unseres Newsletters informiert Sie über Entwicklungen der Rechtsprechung zum Bau-, Immobilien- und Vergaberecht im zweiten Halbjahr 2009. Der Newsletter enthält ferner die von der EU-Kommission am 30.11.2009 neu festgelegten Schwellenwerte für die europaweite Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen. Diese neuen Schwellenwerte treten ab dem 01.01.2010 in Kraft.

In unserer Rubrik „Auf einen Blick“ finden Sie eine Übersicht über die Neufassung des Sicherungsverlangens gemäß § 648 a BGB durch das Forderungssicherungsgesetz.

Wir wünschen allen unseren Geschäftsfreunden und Mandanten besinnliche Feiertage und ein gesundes und erfolgreiches Jahr 2010.

TSP Theißen Stollhoff & Partner  
Rechtsanwaltsgesellschaft

#### Inhalt

|  |           |
|--|-----------|
| <b>Aktuelles aus der Rechtsprechung</b>                  | <b>1</b>  |
| <b>Nachrichten aus der Bau- und Immobilienwirtschaft</b> |           |
| ➤ Veröffentlichung der VOB 2009                          | 2         |
| ➤ Bauen im Bestand                                       | 3         |
| ➤ HOAI 2009 in Kraft getreten                            | 4         |
| ➤ Neue EU-Schwellenwerte                                 | 5         |
| ➤ Immobiliengeschäfte und Vergaberecht                   | 6         |
| ➤ Neu: Präqualifizierung im VOL-Bereich                  | 7         |
| ➤ Neue Sektorenverordnung                                | 8         |
| ➤ Energieeinsparverordnung 2009                          | 9         |
| <b>TSP Theißen Stollhoff &amp; Partner – Intern</b>      | <b>10</b> |
| <b>Auf einen Blick</b>                                   |           |
| Sicherung nach § 648a BGB                                | 11        |

#### Impressum

TSP Theißen Stollhoff & Partner  
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  
AG Charlottenburg PR 431 B

Düsseldorf gerade nicht dazu führen, dass die Anordnung konkludent als erteilt gilt. Vielmehr soll der Auftragnehmer ausschließlich auf ein etwaiges Leistungsverweigerungsrecht verwiesen sein, sofern dies im Einzelfall überhaupt ausgeübt werden kann; denn ein Auftragnehmer läuft bei Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts Gefahr, dass sein Auftraggeber den Vertrag aus wichtigem Grund kündigt und Schadensersatz geltend macht.

---

### Nachbesserung oder Minderung

BGH, B.v. 16.04.2009 - VII ZR 177/07

#### LEITSATZ

1. Bei der Beurteilung der Frage, ob der Unternehmer zu Recht den Einwand des unverhältnismäßig hohen Mängelbeseitigungsaufwands erhoben hat, ist der Grad des Verschuldens des Unternehmers an der Entstehung des Mangels in die Gesamtabwägung einzu beziehen.
2. Allein der Umstand, dass der Unternehmer den Mangel vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt hat, rechtfertigt ohne eine solche Gesamtabwägung nicht, dem Unternehmer diesen Einwand zu verweigern.

#### HINWEIS

Nach § 633 Abs. 2 BGB a.F. war ein Unternehmer berechtigt, die Beseitigung eines Mangels zu verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert. Diese alte gesetzliche Regelung entspricht im Wesentlichen der Neuregelung des § 635 Abs. 3 BGB. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH war von einem unverhältnismäßigen Aufwand auszugehen, wenn einem – nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilenden – geringen Interesse des Bestellers an einer mangelfreien Vertragsleistung ein ganz erheblicher und deshalb vergleichsweise unangemessener Aufwand gegenübersteht. Nach § 275 Abs. 2 BGB n.F. muss bei der Interessenabwägung überprüft werden, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat. Der BGH bestätigt seine früheren Entscheidungen (vgl. BGH, Urteil v. 23.02.1995 – VII ZR 235/93; U. v. 10.04.2008 – VII ZR 214/09), wonach der Grad des Verschuldens des Unternehmers bei der Entscheidung ein entscheidendes Mitkriterium ist. Hervorgehoben wird

### VERÖFFENTLICHUNG DER VOB 2009

Die vom DVA-Vorstand am 18.05.2009 beschlossene Neufassung der VOB – Ausgabe 2009 – ist nunmehr im Bundesanzeiger vom 15.10.2009 (Nr. 155, Seite 3349) bekannt gemacht worden. Sie ist aber von öffentlichen Auftraggebern noch nicht anzuwenden. Zur Wahrung der einheitlichen Geltung der Neufassung soll die VOB – Ausgabe 2009 – erst gemeinsam mit der neuen Vergabeverordnung in Kraft treten. Hierfür ist noch die Zustimmung des Bundesrates erforderlich, sodass mit einem Inkrafttreten wohl erst im Frühjahr 2010 zu rechnen ist.

darüber hinaus, dass die Frage des Grades des Verschuldens nicht isoliert betrachtet werden kann und daher für sich genommen noch nicht geeignet ist, dem Unternehmer den Einwand von vornherein zu verweigern. Die in jüngster Zeit von einem Teil der Literatur vertretene Gegenmeinung veranlasste den BGH ausdrücklich nicht, von seiner bisherigen Rechtsprechung abzuweichen.

---

### Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertragsrecht

BGH, U.v. 23.07.2009 - VII ZR 151/08

#### LEITSATZ

1. Kaufrecht ist auf sämtliche Verträge mit einer Verpflichtung zur Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen anzuwenden, also auch auf Verträge zwischen Unternehmern.
2. Verträge, die allein die Lieferung von herzustellenden beweglichen Bau- oder Anlagenteilen zum Gegenstand haben, sind nach Maßgabe des § 651 BGB nach Kaufrecht zu beurteilen. Die Zweckbestimmung der Teile, in Bauwerke eingebaut zu werden, rechtfertigt keine andere Beurteilung.
3. Eine andere Beurteilung ist auch dann nicht gerechtfertigt, wenn Gegenstand des Vertrages auch Planungsleistungen sind, die der Herstellung der Bau- und Anlagenteile vorausgehen haben und nicht den Schwerpunkt des Vertrages bilden.

### TSP-SCHRIFTENREIHE: BAUEN IM BESTAND

Als Band 4 der TSP-Schriftenreihe ist druckfrisch unser aktueller Rechtsleitfaden zum Bauen im Bestand erschienen. Anhand von Schaubildern, Checklisten und Praxishinweisen werden die spezifischen Praxisprobleme bei Baumaßnahmen im Bestand behandelt. Der aktuelle TSP-Rechtsleitfaden trägt damit der immer größeren Bedeutung des Bauens im Bestand für die gesamte Bau- und Immobilienwirtschaft Rechnung. Mehr als die Hälfte des gegenwärtigen Bauvolumens erstreckt sich auf Modernisierungen, Umbaumaßnahmen, Instandsetzungen, Umnutzungen, etc. Es steht zu erwarten, dass die Bestandsoptimierung von Immobilien den Neubau künftig noch deutlicher verdrängen wird. Der neue Rechtsleitfaden kann über die Kanzlei bezogen werden.



Schaubildern, Checklisten und Praxishinweisen werden die spezifischen Praxisprobleme bei Baumaßnahmen im Bestand behandelt. Der aktuelle TSP-Rechtsleitfaden trägt damit der immer größeren Bedeutung des Bauens im Bestand für die gesamte Bau- und Immobilienwirtschaft Rechnung. Mehr als die Hälfte des gegenwärtigen Bauvolumens erstreckt sich auf Modernisierungen, Umbaumaßnahmen, Instandsetzungen, Umnutzungen, etc. Es steht zu erwarten, dass die Bestandsoptimierung von Immobilien den Neubau künftig noch deutlicher verdrängen wird. Der neue Rechtsleitfaden kann über die Kanzlei bezogen werden.

#### HINWEIS

Der BGH führt aus, dass nach § 651 BGB Kaufrecht immer dann auf eine Verpflichtung zur Lieferung herzustellender Sachen anzuwenden ist, soweit es sich um vertretbare Sachen handelt. Da § 651 Satz 3 BGB die Anwendung der werkvertraglichen Vorschriften der §§ 642, 643, 645, 649, 650 BGB statt der §§ 446, 447 BGB nur bei nicht vertretbaren Sachen vorsieht, ergibt sich aus dem Umkehrschluss die grundsätzliche Anwendbarkeit von Kaufrecht. Auch macht es nach Auffassung des BGH keinen Unterschied, ob die Leistung für einen Verbraucher oder einen Unternehmer erfolgt. Ebenfalls kann nach Ansicht des BGH sich ein anderes auch nicht daraus ergeben, dass die herzustellende bewegliche Sache Bau- oder Anlage Teile zum Gegenstand hat, die von vornherein die Zweckbestimmung haben, in Bauwerke eingebaut zu werden. Auch wenn die Leistungspflicht des Unternehmers vor der Herstellung der beweglichen Sachen von diesem Planungsleistungen hierfür erfordert, kann dies nicht zur Einstufung als Werkvertrag führen, da nach Auffassung des BGH andernfalls der Grundgedanke des § 651 BGB leer liefe.

### Fehlende Sicherheitsleistung

BGH, U.v. 16.04.2009 - VII ZR 9/08

#### LEITSATZ

1. Leistet der Besteller auf ein berechtigtes Sicherungsverlangen nach der Abnahme die Sicherheit nicht, ist der Unternehmer berechtigt, die Mängelbeseitigung zu verweigern (im Anschluss an BGH, U.v. 22.01.2004 - VII ZR 183/02, BGHZ 157, 335). Das gilt auch, wenn die Parteien die Einbeziehung der VOB/B vereinbart haben.
2. Die Abtretung der Gewährleistungsansprüche hat auf das Recht des Unternehmers, von seinem Besteller Sicherheit zu fordern und bei Nichterbringung der Sicherheit die Leistung zu verweigern, keinen Einfluss (im Anschluss an BGH, U.v. 27.09.2007 - VII ZR 80/05, BauR 2007, 2052 = NZBau 2008, 55 = ZfBR 2008, 537). Gleiches gilt für das Setzen der Nachfrist nach § 648 a Abs. 5 BGB.

#### HINWEIS

Der BGH hält an seiner bisherigen Rechtsprechung fest, wonach im Hinblick auf die nach Abnahme notwendigen Mängelbeseitigungsarbeiten auch dann noch Sicherheit vom Auftraggeber verlangt werden kann, wenn zuvor die Mängelansprüche vom Auftraggeber an einen Dritten abgetreten wurden. Ferner hatte der BGH bereits in der Vergangenheit festgestellt, dass der Unternehmer nach fruchtlosem Ablauf der Nachfrist von der Pflicht zur Mängelbeseitigung gemäß § 643 Satz 2 BGB frei wird (vgl. U. v. 22.01.2004 - VII ZR 183/02). Diese Rechtsprechung erweitert der BGH nunmehr auch auf VOB-Verträge und schließt sich insoweit der in der Literatur vertretenen herrschenden Auffassung an.

## Architektenrecht

### Zweimonatige Rügefrist auch bei Abschlagsrechnungen

OLG Celle, U.v. 08.04.2009 - 14 U 111/08

#### LEITSATZ

Die zweimonatige Rügefrist gegenüber nicht prüfbareren Rechnungen gilt auch für Abschlagsrechnungen.

**HINWEIS**

Auftraggebern ist anzuraten, im Falle einer möglicherweise fehlenden Prüfbarkeit einer Rechnung – sei es eine Schlussrechnung, sei es eine Abschlagsrechnung – die Rüge der fehlenden Prüfbarkeit innerhalb der zwei-monatigen Prüffrist beginnend ab Zugang der Rechnung gegenüber dem Architekten/ Ingenieur auszusprechen. Für den Zugang der Rüge ist der Auftraggeber beweispflichtig.

Aus Sicht des Architekten/Ingenieurs bedeutet die Rechtsprechung zur zwei-monatigen Rügefrist, dass er nach Ablauf dieses Zeitraumes auch im Falle einer nicht prüfbaren/prüffähigen Rechnung so behandelt wird, als sei seine Rechnung prüffähig.

Im Übrigen sind Planer gut beraten, bei der Rechnungsstellung präzise Begrifflichkeiten (Abschlagsrechnung, Teilschlussrechnung, Schlussrechnung) zu wählen, d.h. Bezeichnungen wie etwa „Vorläufige Honorarrechnung“ oder „Vorab-Rechnung“ zu vermeiden.

---

**Schallschutz bei der Errichtung von Eigentumswohnungen**

BGH, U.v. 04.06.2009 – VII ZR 54/07

**LEITSATZ**

Welcher Schallschutz für die Errichtung von Eigentumswohnungen geschuldet ist, ist in erster Linie durch Auslegung des Vertrages zu ermitteln. Wird ein üblicher Qualitäts- und Komfortstandard geschuldet, muss sich das einzuhaltende Schalldämm-Maß an dieser Vereinbarung orientieren. Der Umstand, dass im Vertrag auf eine „Schalldämmung nach DIN 4109“ Bezug genommen ist, lässt schon deshalb nicht die Annahme zu, es seien lediglich die Mindestmaße der DIN 4109 vereinbart, weil diese Werte in der Regel keine anerkannten Regeln der Technik für die Herstellung des Schallschutzes in Wohnungen sind, die üblichen Qualitäts- und Komfortstandards genügen (im Anschluss an BGH, Urteil vom 14.06.2007 – VII ZR 45/06).

**HINWEIS**

Das einzuhaltende Schalldämm-Maß bei der Errichtung von Eigentumswohnungen bildet eine erhebliche Haftungsfalle für Bauträger und deren planende Architekten. Selbst wenn im Vertrag auf eine „Schalldämmung nach DIN 4109“ Bezug ge-

nommen wird, hat ein Wohnungserwerber regelmäßig einen Anspruch auf Einhaltung erhöhter Schalldämm-Werte. Die DIN 4109 bildet die anerkannten Regeln der Technik nicht ab.

---

**Generalplaner: Zahlung an den Subplaner erst bei Zahlung durch den Bauherrn?**

OLG Celle, U.v. 29.07.2009 – 14 U 67/09

**LEITSATZ**

Eine in einem Architekten- oder Ingenieurvertrag in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Generalplaners enthaltene Klausel, wonach im Verhältnis zum Subplaner die „Auszahlung einer verdienten Vergütung ... nur dann erfolgen (kann), wenn der Generalplaner selbst das Geld für die zu vergütende Leistung erhalten hat“, und bis dahin „auch eine Verzinsung ausgeschlossen“ sein soll, ist nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.

**HINWEIS**

Formularmäßige Forderungsstundungen auf unbestimmte Zeit sind unwirksam. Dies verdeutlicht das besondere Risiko, das der Generalplaner einget. Er muss an seinen Subplaner zahlen,

**HOAI 2009 IN KRAFT GETRETEN**

Im Bundesgesetzblatt (BGBl. 2009 Teil I Nr. 53, S. 2732) wurde am 17.08.2009 die Neufassung der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI 2009) verkündet. Gemäß § 56 Satz 1 HOAI trat die neue Honorarordnung einen Tag nach ihrer Verkündung, d.h. am 18.08.2009, in Kraft.

Die HOAI 2009 ist für sämtliche Architekten- und Ingenieurleistungen, die ab dem 18.08.2009 vertraglich vereinbart werden, verbindliches Preisrecht. Für Leistungen, die vor dem Inkrafttreten der neuen HOAI 2009 vertraglich vereinbart wurden, bleiben gemäß § 55 HOAI die bisherigen Vorschriften der alten HOAI in der Fassung vom 01.01.1996 anwendbar.

Die HOAI 2009 ist bereits mitsamt den Anlagen 1 - 14 und einer erläuternden Einführung in der TSP-Schriftenreihe, Bd. 3, als 146-seitige Textausgabe erschienen.

sobald dieser seine Leistungen erbracht hat, obgleich der eigene Bauherr erst später – oder gar nicht – zahlt. Die weitverbreitete Stundungsklausel in Subplanerverträgen hilft hier regelmäßig nicht weiter.

2. Eine nach § 4 Abs. 1 HOAI wirksam getroffene Zeithonorarvereinbarung unterliegt nicht den Beschränkungen des § 6 HOAI. Die einzuhaltenden Mindest- und Höchstsätze ergeben sich aus §§ 10 ff. HOAI oder vergleichbaren Regelungen und nicht aus § 6 Abs. 2 HOAI.

### Architektenhonorar bei außerordentlicher Kündigung des Architektenvertrages

KG, U.v. 02.12.2008 – 7 U 46/08

#### LEITSATZ

1. Dem Architekten steht ein Vergütungsanspruch für von ihm erbrachte Leistungen auch dann zu, wenn der Vertrag außerordentlich gekündigt wurde.
2. Ein Anspruch entsteht nicht, wenn das Werk wegen schwerwiegender Mängel nicht nachbesserungsfähig und für den Auftraggeber wertlos ist oder trotz Mangelfreiheit unbrauchbar oder dessen Verwertung unzumutbar ist.

#### HINWEIS

Ein Planer hat auch im Falle einer Kündigung seines Vertrages aus wichtigem Grund einen Vergütungsanspruch für die bereits von ihm erbrachten Leistungen. Nur wenn dem Auftraggeber der Nachweis gelingt, dass diese Planungsleistungen entweder schwerwiegende Mängel aufweisen und auch nicht nachbesserungsfähig sind oder aber ausnahmsweise für den Auftraggeber gänzlich unbrauchbar sind, entfällt dieser Vergütungsanspruch für bereits erbrachte Leistungen. Der Auftraggeber wird also in aller Regel diese Leistungen des Architekten/Ingenieurs zu bezahlen haben.

### Zeithonorar für Architektenleistungen

BGH, U.v. 17.04.2009 - VII ZR 164/07

#### LEITSATZ

1. Die Vereinbarung eines Zeithonorars für Architekten- und Ingenieurleistungen ist gemäß § 4 Abs. 1 HOAI wirksam, wenn sie schriftlich bei Auftragserteilung unter Berücksichtigung des Preisrahmens der Mindest- und Höchstsätze erfolgt. Die Wirksamkeit einer solchen Honorarvereinbarung hängt nicht davon ab, ob die Preisvorschriften der HOAI eine Abrechnung nach Zeithonorar anordnen oder zulassen.

### NEUE EU-SCHWELLENWERTE

Die EU-Kommission hat mit Verordnung Nr. 1177/2009 vom 30.11.2009 neue Schwellenwerte für die EU-weite Vergabe öffentlicher Aufträge festgelegt. Die Verordnung tritt am 01.01.2010 in Kraft und gilt ab diesem Zeitpunkt unmittelbar. Ab dem 01.10.2010 sind europaweit ausschreibungspflichtig:

- Bauaufträge:  
ab **€ 4,845 Mio.** (bisher € 5,150 Mio.)
- Dienstleistungs- und Lieferaufträge:  
ab **€ 193.000** (bisher € 206.000)
- Dienstleistungs- und Lieferaufträge im Sektorenbereich:  
ab **€ 387.000** (bisher € 412.000)
- für Liefer- und Dienstleistungen der Obersten oder Oberen Bundesbehörden sowie vergleichbarer Bundeseinrichtungen:  
ab **€ 125.000** (bisher € 133.000)

#### HINWEIS

Nach richtiger Ansicht des BGH können die Vertragsparteien schon nach alter HOAI 1996 durch schriftliche Vereinbarung bei Auftragserteilung jedes Honorar zwischen Mindest- und Höchstsatz vereinbaren. Neben einem Pauschalhonorar sind insbesondere Abrechnungen nach Zeitaufwand möglich. In diesem Fall sind die Vertragsparteien auch nicht an die Mindest- und Höchstsätze des bisherigen § 6 HOAI 1996 gebunden. Nichts anderes gilt für die neue HOAI 2009. Die HOAI 2009 kennt für Stundensätze keine Beschränkungen mehr. § 6 HOAI 1996 ist ersatzlos entfallen. Die Vertragsparteien können die Stundensätze, insbesondere bei den Besonderen Leistungen nunmehr frei vereinbaren. Die bisherigen Stundensätze des § 6 Abs. 2 HOAI 1996 müssen nicht mehr beachtet werden.

## Honoraranpassungen bei Mehrleistungen und verlängerter Bauzeit

KG, U.v. 31.03.2009 - 21 U 165/06

### LEITSATZ

1. Die Geltendmachung von Zusatzhonorarforderungen für Mehrleistungen gemäß § 4a Satz 2 HOAI setzt die Erhöhung der tatsächlichen Herstellungskosten auf Veranlassungen des Auftraggebers voraus, die wegen einer Honorarvereinbarung nach § 4 Satz 1 HOAI grundsätzlich nicht honorarwirksam wären.
2. Die Vergütung von Mehraufwendungen aus Bauzeitverlängerung nach § 4a Satz 3 HOAI bedingt eine schriftliche Honorarvereinbarung grundsätzlich bei Auftragserteilung.

gabeverfahren über Bauleistungen erfolgt auch dann zu den ausgeschriebenen Fristen und Terminen, wenn diese nicht mehr eingehalten werden können.

2. Der so zustande gekommene Bauvertrag ist ergänzend dahin auszulegen, dass die Bauzeit unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und der vertragliche Vergütungsanspruch in Anlehnung an die Grundsätze des § 2 Nr. 5 VOB/B anzupassen sind.

### HINWEIS

Nach den §§ 102 ff des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) besteht für einen unterlegenen Bieter die Möglichkeit, den beabsichtigten Zuschlag an einen anderen Bieter in einem Nachprüfungsverfahren überprüfen zu las-

## KOMMUNALE IMMOBILIENGESCHÄFTE UND VERGABERECHT

Der Generalanwalt beim Europäischen Gerichtshof (EuGH) hat in seinen Schlussanträgen vom 17.11.2009 zum Vorabentscheidungsersuchen des OLG Düsseldorf, B.v. 02.10.2008 - VII Verg 25/08, zur Frage Stellung genommen, ob und unter welchen Voraussetzungen Immobiliengeschäfte der öffentlichen Hand dem Anwendungsbereich des europäischen Vergaberechts unterliegen.

Nach Ansicht des Generalanwaltes wird eine kommunale Tätigkeit nur dann von den Vorschriften über öffentliche Bauaufträge erfasst, wenn eine "unmittelbare Verbindung" zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und den zu verwirklichenden Arbeiten oder Werken besteht. Eine solche Verbindung ergibt sich nach Auffassung des Generalanwaltes in der Regel daraus, dass Arbeiten auf Veranlassung der öffentlichen Verwaltung hin realisiert werden. Ein rein immaterieller oder mittelbarer Nutzen oder gar der Umstand, dass die Tätigkeit allgemein im Einklang mit dem öffentlichen Interesse stehe, könne für die Annahme eines öffentlichen Bauauftrags beziehungsweise einer Baukonzession nicht ausreichen. Das bloße Verfolgen eines öffentlichen Interesses, z.B. an einer geordneten städtebaulichen Entwicklung im Rahmen gewöhnlicher städtebaulicher Befugnisse, reicht nicht aus, um zur Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über Aufträge und Konzessionen zu gelangen.

Zugleich wies der Generalanwalt darauf hin, dass die Definitionen des Bauauftragsbegriffs im neu gefassten § 99 Abs. 3 GWB und des Baukonzessionsbegriffs in § 99 Abs. 6 GWB als europarechtskonform betrachtet werden können. Es bleibt abzuwarten, ob der EuGH den Schlussanträgen des Generalanwaltes folgen wird.

## Vergaberecht

### Mehrvergütungsanspruch bei verspätetem Zuschlag

BGH, U.v. 11.05.2009 - VII ZR 11/08

### LEITSATZ

1. Ein Zuschlag in einem durch ein Nachprüfungsverfahren verzögerten öffentlichen Ver-

sen. In dieser Zeit darf der Zuschlag nicht erteilt werden. Dies führt in der Praxis häufig zu einer Verlängerung der Bindefristen und hiermit einhergehend zu Bauzeitverschiebungen. Der BGH hatte nunmehr die Frage zu entscheiden, ob dem Unternehmer nach einem verzögerten Vergabeverfahren ein Mehrvergütungsanspruch wegen einer Bauzeitverschiebung zustehen kann. Er hat dies bejaht, wenn der Zuschlag unverändert auf das ursprüngliche Angebot erteilt worden ist. Nach Ansicht des BGH haben sich die Parteien in

diesen Fällen nach Treu und Glauben über eine neue Bauzeit und über die Bezahlung eventueller Mehrkosten zu verständigen. Die Vergütungsanpassung ist – so der BGH – nach § 2 Nr. 5 VOB/B vorzunehmen. Können sich die Parteien nicht einigen, entscheidet das Gericht. Unerheblich ist nach Ansicht des BGH, ob der Bieter im Zusammenhang mit der Bindefristverlängerung erklärt hat, er behalte sich im Falle verschobener Ausführungsfristen und hierdurch erhöhter Kosten die Geltendmachung einer Mehrvergütung vor, der Zuschlag jedoch aus zwingenden Gründen des Vergaberechts unverändert auf die ausgeschriebene Bauzeit erfolgt ist.

2. Der Erlass eines Bebauungsplans ist - auch bei weitestgehender Auslegung - kein Vertrag i.S.d. § 99 GWB. Der Bebauungsplan ergeht als Satzung (§ 10 Abs. 1 BauGB). Ob und mit welchem Inhalt ein Bebauungsplan aufgestellt wird, kann nicht Gegenstand eines Vertrages oder sonstiger Abreden sein (§ 1 Abs. 3 BauGB).

3. Der Bebauungsplan wird nicht dadurch zu einem "Vertrag", dass er den Rahmen für einen möglicherweise abzuschließenden Erschließungsvertrag (§ 124 BauGB) setzt.

4. (...)

---

### Abänderung der Verdingungsunterlagen

VK Bund, B.v. 06.05.2009 - VK 1-74/09

#### LEITSATZ

1. Sehen die Verdingungsunterlagen in einer Leistungsposition einen Radial-Ventilator mit rückwärtsgekrümmten Schaufeln vor und bietet der Bieter an dieser Position einen Ventilator mit vorwärtsgekrümmter Schaufel an, in dem er bei der entsprechenden Position im Leistungsverzeichnis ein Fabrikat mit dieser Eigenschaft einträgt, so ändert er die Verdingungsunterlagen ab und ist deshalb zwingend auszuschließen.

2. Zwar lässt § 21 Nr. 2 VOB/A eine Abweichung von vorgegebenen technischen Spezifikationen ausnahmsweise zu; Voraussetzung hierfür ist aber, dass die Abweichung im Angebot eindeutig bezeichnet und die Gleichwertigkeit bereits mit dem Angebot nachgewiesen wird.

---

### Vergabe von Abfallentsorgungsleistungen

OLG Rostock, B.v. 06.03.2009 - 17 Verg 1/09

#### LEITSATZ

1. Eine vergaberechtskonforme PPK-Ausschreibung muss sowohl den kommunalen als auch den Systembetreiberanteil umfassen.

2. Eine Ausschreibung mit Begrenzung auf den lediglich kommunalen Anteil ist auf die Erbringung einer unmöglichen Leistung gerichtet. Gleichzeitig wird dem Auftragnehmer ein ungewöhnliches Wagnis übertragen.

3. Eine geforderte Treueerklärung in den Verdingungsunterlagen zum Verbot gewerblicher (PPK-)Sammlungen stellt die Übertragung eines ungewöhnlichen Wagnisses für den Auftragnehmer dar.

### NEUES PRÄQUALIFIZIERUNGSSYSTEM IM VOL-BEREICH

Der Deutsche Industrie- und Handelskammertag hat in Kooperation mit den Auftragsberatungsstellen der Länder am 01.09.2009 eine bundesweite Datenbank [www.pq-vol.de](http://www.pq-vol.de) zur Präqualifizierung gestartet. Ziel ist eine auftragsunabhängige Zertifizierung von Eignungsnachweisen im Bereich der Liefer- und Dienstleistungen. Nähere Einzelheiten können unter [www.pq-vol.de](http://www.pq-vol.de) abgerufen werden.

Aus Unternehmenssicht soll die Reduzierung des Zeit- und Kostenaufwands gegenüber der Einzelnachweiserbringung vorteilhaft sein. Die öffentliche Hand soll vor allem davon profitieren, nicht mehr jeden einzelnen Nachweis prüfen zu müssen. Die Wahrscheinlichkeit, dass Angebote wegen formaler Mängel ausgeschlossen werden müssen, kann hierdurch reduziert werden.

### Ausschreibungspflicht

OLG Düsseldorf, B.v. 04.03.2009 - Verg 67/08

#### LEITSATZ

1. Auch wenn der Begriff des "Vertrags" i.S.d. § 99 GWB auf Grund seiner Verankerung im EU-Recht nicht im Sinne der §§ 145 ff. BGB auszulegen sein sollte, so setzt er doch das Einvernehmen zumindest zweier Personen über - hier - die Erbringung von Bauleistungen voraus.

## Unverzüglichkeit der Rüge I

VK Nordbayern, B.v. 28.01.2009 - 21.VK-3194-63/08

### LEITSATZ

1. Ohne das Vorliegen überdurchschnittlicher Schwierigkeiten ist von einer Regelrügefrist von einem bis drei Tagen auszugehen. Die Beanstandung einer Vorabinformation nach § 13 VgV als unzureichend muss sogar noch am Tage ihres Zugangs, spätestens jedoch am Folgetag erfolgen; andernfalls ist sie nicht mehr unverzüglich.
2. Aus dem Umstand, dass der antragstellende Bieter nähere Informationen zur Begründung der

Fehler zu korrigieren und damit ein Nachprüfungsverfahren zu vermeiden. Unterlässt der Bieter die Rüge, führt dies in der Regel zur Unzulässigkeit seines späteren Nachprüfungsantrages.

Das Merkmal der Unverzüglichkeit ist dann erfüllt, wenn ohne schuldhaftes Zögern gerügt wird. Gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB ist die Rüge so bald zu erklären, als es dem Bieter unter Berücksichtigung der für die Prüfung und Begründung der Rüge notwendigen Zeit möglich und zumutbar ist. Hierbei ist auch eine angemessene Überlegungsfrist zuzugestehen, innerhalb derer der Bieter seine Argumente überprüfen und eine Abwägung vornehmen kann. Außerdem ist die

## NEUE SEKTORENVERORDNUNG IN KRAFT GETRETEN

Am 28.09.2009 ist die Sektorenverordnung (SektVO) verkündet worden. Sie gilt für alle ab dem 29.09.2009 beginnenden Vergabeverfahren im Sektorenbereich. Sie gilt gem. § 34 SektVO nicht für Verfahren, die vor dem Tag des Inkrafttretens bereits begonnen haben.

Die Sektorenverordnung ersetzt für Sektorenauftraggeber jeweils den 3. und 4. Abschnitt der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) sowie der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A). Die Sektorenverordnung ersetzt gleichzeitig die für den Sektorenbereich bislang geltenden Vorschriften der Vergabeverordnung (VgV). Für Sektorenauftraggeber, d.h. Auftraggeber der Bereiche Energie, Wasser und Verkehr, gelten im Rahmen europaweiter Vergaben künftig allein der 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) sowie die neue Sektorenverordnung.

Vergabeentscheidung fordert, kann die Vergabestelle keinesfalls entnehmen, dass der Bieter die Vergabeentscheidung an sich als falsch angreifen will.

3. Die bloße Vermutung, eine Rüge werde erfolglos sein, oder die Überzeugung, der Auftraggeber habe bereits "unvermeidbare Tatsachen" mitgeteilt und damit zum Ausdruck gebracht, jeder Widerspruch sei von vornherein sinnlos, macht die Rüge nicht entbehrlich. Allein die Tatsache, dass ein Auftraggeber z.B. mit der Vorabinformation das Ergebnis eines Entscheidungsfindungsprozesses mitgeteilt hat, rechtfertigt nicht den Schluss auf eine Unabänderlichkeit dieser Entscheidung. Dies gilt auch dann, wenn der Auftraggeber im Nachprüfungsverfahren seine Vergabeentscheidung verteidigt.

### HINWEIS

Nach § 107 Abs. 3 GWB hat ein Bieter, der einen Verfahrensverstöß erkennt, diesen gegenüber dem Auftraggeber unverzüglich zu rügen. Der Auftraggeber soll so die Möglichkeit erhalten, den

Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage in Ansatz zu bringen.

Nach der Rechtsprechung ist je nach dem konkreten Einzelfall von einer Rügefrist von einem bis sechs Tagen auszugehen. Vorliegend hatte die Vergabekammer Nordbayern wegen der nicht vorliegenden überdurchschnittlichen Schwierigkeiten eine Regelrügefrist von einem bis drei Tagen angenommen. Die Beanstandung einer Vorabinformation nach § 13 VgV (neu § 101a GWB) als unzureichend muss sogar nach der vorliegenden Entscheidung noch am Tage ihres Zugangs, spätestens jedoch am Folgetag erfolgen.

## Unverzüglichkeit der Rüge II

OLG München, B.v. 16.04.2009 - Verg 3/09

### LEITSATZ

Erkennt ein Bieter anhand der Leistungsbeschreibung, dass ein Konzept zur Übernahme

der Patienten- und Mitarbeiterversorgung eines Universitätsklinikums ohne Kenntnis des vorhandenen Personalbestandes vorgelegt werden soll, hat er die Rüge, die Ausschreibung von "fiktiven" Angeboten verstoße gegen § 613a BGB und sei vergaberechtswidrig, spätestens bis zur Abgabe seines Angebotes zu erheben.

#### HINWEIS

Nach § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB a.F. ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit der Unternehmer den Verstoß gegen Vergabevorschriften bereits im Verfahren erkannt und gegenüber dem AG nicht unverzüglich gerügt hat. Voraussetzung ist positive Kenntnis des Bieters von den Tatsachen und die laienhafte rechtliche Wertung, dass es sich um einen Vergabeverstoß handelt. Hierbei darf der Bieter die Augen nicht mutwillig vor der Kenntnis verschließen. Im entschiedenen Fall hatte das OLG München die Kenntnis des Bieters bei Angebotsabgabe bejaht, weil schon nach den Ausschreibungsunterlagen für den Bieter eine Kalkulation mit dem zu übernehmenden Personal nicht möglich war. Spätester Zeitpunkt für eine rechtzeitige Rüge war mithin die Angebotsabgabe. Nach dem neu gefassten Wortlaut von § 107 Abs. 3 Nr. 3 GWB n.F. sind Verstöße gegen Vergabevorschriften, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, bis spätestens zum Ablauf der Angebotsfrist zu rügen.

Transparenzprinzip besonders schwerwiegend verletzt. Der Vergabevermerk muss daher einen erheblichen Detaillierungsgrad aufweisen. Eine ungenügende Dokumentation führt im Regelfall dazu, dass das Verfahren nach § 26 Nr. 1 lit. d VOL/A wiederholt werden muss, da die begangene Rechtswidrigkeit nur dadurch beseitigt werden kann, dass die Ausschreibung aufgehoben wird.

#### ÄNDERUNG DER ENERGIEEINSPARVERORDNUNG

Mit der neuen Energieeinsparverordnung (EnEV 2009) wird eine Maßnahme des Integrierten Energie- und Klimaprogramms (IEKP) der Bundesregierung umgesetzt. Anforderungen an Neubauten werden um durchschnittlich 30 Prozent angehoben wie für die Modernisierung von Altbauten. Bis Ende 2011 müssen begehbare Geschosdecken gedämmt werden, wenn das Dach darüber nicht gedämmt ist. Nachtstromspeicherheizungen müssen ab dem Jahr 2020 schrittweise außer Betrieb genommen werden und die Einhaltung der Vorschriften bei der Modernisierung von Gebäuden durch Nachweise der Unternehmen bestätigt werden.

#### Ungenügende Dokumentation

VK Südbayern, B.v. 31.10.2008 - Z3-3-3194-1-35-10/08

#### LEITSATZ

1. Nach § 114 Abs. 1 Satz 2 ist die Vergabekammer an Anträge nicht gebunden und kann auch unabhängig davon auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken.
2. Es gehört zum Gebot der Transparenz des Vergabeverfahrens nach § 97 Nr. 1 GWB, dass der öffentliche Auftraggeber den Gang, vor allem aber die wesentlichen Entscheidungen des Vergabeverfahrens in den Vergabeakten dokumentiert. Diese Dokumentation dient dabei dem Ziel, die Entscheidung der Vergabestelle sowohl für die Nachprüfungsinstanzen als auch für die Bieter überprüfbar zu machen.
3. Durch eine nicht ordnungsgemäße Dokumentation - wie in § 30 VOL/A gefordert - wird das

## Immobilienrecht

#### Wertsicherungsklausel

BGH, U.v. 04.03.2009 - XII ZR 141/07

#### LEITSATZ

1. Die Vereinbarung über die Anpassung des Untermietzinses an die Entwicklung des Index für die Lebenshaltung eines 4-Personen-Arbeitnehmer-Haushalts bedarf keiner Genehmigung.
2. Mit der fehlenden Fortschreibung des Index für die Lebenshaltung eines 4-Personen-Arbeitnehmer-Haushalts ist eine Regelungslücke entstanden, die im Wege ergänzender Vertragsauslegung geschlossen werden muss.
3. Ab dem 01.01.2000 ist demnach auf den allgemeinen Verbraucherpreisindex abzustellen.

### Grundstücksgeschäft und Baubetreuungsvertrag

BGH, U.v. 12.02.2009 - VII ZR 230/07

#### LEITSATZ

1. Eine rechtliche Einheit eines Baubetreuungsvertrages mit einem Grundstücksgeschäft kann bestehen, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass der Auftraggeber gerade an der Bebauung eines bestimmten Grundstücks zu den Bedingungen des Baubetreuungsvertrages interessiert ist.

2. Die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts in einem Vertrag steht der rechtlichen Einheit mit einem anderen Vertrag nicht entgegen (Fortführung von BGH, U.v. 24.09.1987 - VII ZR 306/86, BGHZ 101, 393; Abgrenzung zu BGH,

U.v. 06.12.1979 - VII ZR 313/78, BGHZ 76, 43 und U.v. 06.11.1980 - VII ZR 12/80, BGHZ 78, 346).

### Versorgungssperre

BGH, U.v. 06.05.2009 - XII ZR 137/07

#### LEITSATZ

Eine Versorgungssperre durch den Vermieter nach beendetem Mietverhältnis ist jedenfalls dann zulässig, wenn der Vermieter für die weitere Belieferung kein Entgelt erhält und ihm dadurch ein Schaden droht.

Theißen Stollhoff & Partner  
RECHTSANWALTSGESELLSCHAFT



#### INTERN

##### ➤ Umfangreiches Seminarangebot ausgeweitet

Das umfangreiche Seminarangebot von TSP wurde im 3. und 4. Quartal 2009 äußerst stark nachgefragt. Im Brennpunkt des Interesses stehen Schulungen zu den Neuregelungen der HOAI 2009 sowie zum neuen GWB-Vergaberecht. Insbesondere Herr RAuN Dr. Rolf Theißen hat auf zahlreichen offenen und Inhouse-Seminarveranstaltungen referiert. Das aktuelle Seminarangebot der Kanzlei finden Sie unter [www.ts-law.de](http://www.ts-law.de).

##### ➤ Umfangreiche Beratungstätigkeiten der Kanzlei

Das Beratungsangebot der Kanzlei im Projektgeschäft wurde auch im 3. und 4. Quartal 2009 umfänglich in Anspruch genommen. Die Kanzlei hat u.a. Generalplanerverträge für einen Botschaftsneubau in Berlin sowie die Verträge für größere Sport- und Schulneubauprojekte im Rahmen des „Konjunkturpaket-II-Programmes“ erstellt. Einen weiteren Schwerpunkt bildete die baubegleitende Rechtsberatung, insbesondere beim Bauen im Bestand. Hier ist TSP stark in die rechtliche Beratung von Sanierungsvorhaben öffentlicher und privater Auftraggeber eingebunden. Einen weiteren Schwerpunkt der Beratungstätigkeit von TSP bildet gegenwärtig die Begleitung von nationalen und europaweiten Vergabeverfahren.

##### ➤ Prozessmandate erfolgreich abgeschlossen

Mehrere umfängliche baurechtliche Prozessmandate konnten jüngst erfolgreich abgeschlossen werden. Die Schlagkraft der Kanzlei im forensischen Bereich wird gegenwärtig auch durch mehrere aktuelle Prozessaufträge mit herausragender wirtschaftlicher Bedeutung dokumentiert.

## Auf einen Blick

### Die Sicherung der Vergütung des Auftragnehmers nach § 648a BGB

§ 648a BGB, der sowohl beim BGB-Werkvertrag wie auch VOB-Bauvertrag zur Anwendung kommt, verschafft dem Auftragnehmer die Möglichkeit, seinen Werklohnanspruch abzusichern, um damit das Vorleistungsrisiko zu mindern. Die Voraussetzungen hierfür im Überblick:

#### Voraussetzungen des § 648a BGB

##### Der berechtigte Auftragnehmer:

Anspruchsberechtigt ist der Auftragnehmer eines Bauwerkes. Die Regelung des § 648a BGB gilt auch für Generalunternehmer, Generalübernehmer, Nachunternehmer und Planer.

##### Der verpflichtete Auftraggeber:

- Anspruchsgegner ist der Auftraggeber. § 648a BGB findet keine Anwendung, wenn der Auftraggeber eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen ist, über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren unzulässig ist.
- Darüber hinaus ist § 648a BGB nicht anwendbar, wenn eine natürliche Person Auftraggeber ist und die Bauarbeiten der Errichtung oder Instandsetzung eines Einfamilienhauses mit oder ohne Einliegerwohnung dienen.

##### Der Anspruchsinhalt:

- Der Auftraggeber kann für die von ihm zu erbringenden Vorleistungen eine Sicherheit bis zur Höhe des voraussichtlichen Vergütungsanspruchs zuzüglich Nebenforderungen in Höhe von 10 % verlangen, wobei bereits gezahlte Beträge in Abzug zu bringen sind.
- Es können auch Ansprüche auf Schadensersatz gesichert werden, die an die Stelle des Vergütungsanspruchs treten. Es erfolgt keine Kürzung wegen Mängeln, wenn der Auftragnehmer tatsächlich und rechtlich in der Lage und bereit ist, die vorhandenen Mängel zu beseitigen. Dem Auftraggeber steht dabei prinzipiell das Recht zu, mit möglichen Schadensersatzansprüchen gegen den Vergütungsanspruch aufzurechnen, um so den Vergütungsanspruch, der nach § 648a BGB abgesichert werden soll, zu reduzieren. Diese Aufrechnung des Auftraggebers hat aber keinen Einfluss auf die Höhe des Sicherungsanspruchs, es sei denn, der Schadensersatzanspruch, mit dem der Auftraggeber aufrechnet, ist unstreitig oder rechtskräftig festgestellt.
- Die Sicherheit kann in Form einer Bürgschaft, einer Garantie oder eines Zahlungsversprechens eines Kreditinstituts oder Kreditversicherers geleistet werden. Der Auftragnehmer hat gemäß § 648a Abs. 3 BGB dem Auftraggeber die üblichen Kosten der Sicherheit bis zu einem Höchstsatz von 2 % p.a. zu erstatten. Dies gilt ausnahmsweise dann nicht wenn, unbegründete Einwände des Auftraggebers gegen die Vergütung zu einer Aufrechterhaltung der Sicherheit führen.

#### Rechtsfolgen des § 648a BGB

- Leistet der Auftraggeber keine ausreichende Sicherheit, hat der Auftragnehmer die Wahl, ob er die Sicherheit trotz Fristablaufs weiterhin verlangt oder den Vertrag kündigt.
- Ohne Erklärung der Kündigung bleibt der Vertrag bestehen. Der Auftragnehmer kann sich in diesem Fall weiter auf das Leistungsverweigerungsrecht gemäß §§ 273, 320 BGB berufen.
- Im Falle der Kündigung steht dem Auftragnehmer die vereinbarte Vergütung unter Anrechnung des Ersparten bzw. des durch anderweitigen Einsatz böswillig nicht Erzielten zu. Nach § 648a Abs. 5 S. 3 BGB wird dabei vermutet, dass dem Auftragnehmer für nicht erbrachte Leistungen 5 % der hierfür vereinbarten Vergütung zustehen.

#### Ausschluss des § 648a BGB

Ein Ausschluss des § 648a BGB oder eine abweichende Vereinbarung ist gemäß § 648a Abs. 7 BGB unwirksam.