



# Herzlich Willkommen

**Bau- und Vergaberecht 2023 –  
Zusammenfassung und Ausblick**

## Veranstaltungsübersicht

**10:00 Uhr**

Begrüßung (Prof. Dr. Rauch)

Aktuelle Rechtsprechung zum Architekten- und  
Ingenieurrecht (Dr. Birke-Rauch)

Aktuelle Rechtsprechung zum Baurecht  
(Dr. Paternoster)

**11:15 Uhr**

**Pause bis 11:35 Uhr**

Wichtige Änderungen im Vergaberecht (Schönfeld)  
Addition von Planungsleistungen –  
Handlungsmöglichkeiten (Flock)

**13:00 Uhr      Mittagspause bis 14:00 Uhr**

Verliert die VOB/B ihre Bedeutung? (Weigl)

Aktuelle Rechtsprechung zum Immobilienrecht  
(Straube)

**15:15 Uhr      Pause bis 15:35 Uhr**

Aktuelle Rechtsprechung zum Vergaberecht  
(Meder)

Zu den Anforderungen einer Rechnungsstellung  
nach Zeitaufwand (Prof. Dr. Rauch)

Unerlaubte Rechtsberatung von Architekten,  
Projektsteuerern „Vergabeberatern“  
(Prof. Dr. Rauch)

**17:00 Uhr      Ende der Veranstaltung**

# Wichtige Urteile zum Architekten- und Ingenieurrecht

Referentin:  
RAin Dr. Annette Birke-Rauch

## 1.) Treuwidrigkeit einer HOAI-Mindestsatzunterschreitung ist irrelevant für einen Schriftformverstoß

BGH, Urteil vom 03.08.2023 – VII ZR 102/22

Erweist sich eine Abrechnung nach den Mindestsätzen der HOAI ausnahmsweise als treuwidrig, weil das Vertrauen des Auftraggebers auf das vereinbarte niedrigere Honorar schutzwürdig ist, liegen nicht zugleich die Voraussetzungen vor, unter denen der Architekt nach Treu und Glauben gehindert ist, sich auf das Fehlen einer schriftlichen und damit formunwirksamen Vereinbarung zu berufen.



## Berufung auf die Berechnung des Honorars nach den Mindestsätzen der HOAI nach Treu und Glauben

Das Honorar richtet sich nach der schriftlichen Vereinbarung, die die Vertragsparteien bei Auftragserteilung im Rahmen der durch diese Verordnung festgesetzten Mindest- und Höchstsätze treffen.

(§ 7 Abs. 1 HOAI 2009/2013).



## 2.) Mindestsätze gehören der Vergangenheit an

**OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.11.2023 – 22 U 153/23**

Das Honorar des Architekten richtet sich nunmehr nach der Vereinbarung, die die Vertragsparteien in Textform treffen. Eine Bindung der Parteien an Mindest- und Höchstsätze besteht nach der Neufassung der HOAI nicht mehr.



### 3.) HOAI-Mindestsätze = übliche Vergütung?

OLG München; BGH, Beschluss vom 01.03.2023 – VII ZR 661/21

Bei fehlender Honorarvereinbarung stellt auch nach der Entscheidung des EuGH vom 04.07.2019 die Abrechnung nach HOAI-Mindestsätzen die übliche Vergütung dar.



## 4.) Kein Vertrauenstatbestand – keine Bindung an die Schlussrechnung

OLG Köln; BGH, Beschluss vom 10.05.2023 VII ZR 443/21

- Ein Architekt ist an eine Schlussrechnung gebunden, wenn er mit der Schlussrechnung einen Vertrauenstatbestand begründet und der Auftraggeber sich im berechtigten Vertrauen auf die Endgültigkeit der Schlussrechnung in schutzwürdiger Weise eingerichtet hat. Dabei müssen in jedem Einzelfall die Interessen des Architekten und die des Auftraggebers umfassend geprüft und gegeneinander abgewogen werden.
- Begründet der Architekt keinen entsprechenden Vertrauenstatbestand, ist er nicht gehindert auch nach der Rechnungsstellung höhere z.B. anrechenbare Kosten geltend zu machen und kann sogar auf - in einem laufenden Verfahren vom gerichtlichen Sachverständigen ermittelte - Kosten zurückgreifen und seine Klageforderung hierauf stützen.

## 5.) Planervertrag nach VOB/B?

**OLG Koblenz; BGH, Beschluss vom 18.01.2023 – VII ZR 199/21**

Die VOB/B kann formularmäßig nicht wirksam in einen Architekten- oder Ingenieurvertrag einbezogen werden.

Die VOB/B ist nur auf Bauleistungen anzuwenden. Damit ist ihre Einbeziehung in einen Vertrag gegenstandslos, wenn es sich nicht um einen Bauvertrag handelt.

## 6.) Wann werden Leistungen der Objektbetreuung (konkludent) abgenommen?

OLG München; BGH, Beschluss vom 26.04.2023 – VII ZR 279/21

- Die konkludente Abnahme einer Architektenleistung kann darin liegen, dass der Bauherr nach Fertigstellung der Leistung und nach Ablauf einer angemessenen Prüffrist nach Bezug des fertiggestellten Bauwerks keine Mängel der Architektenleistung rügt.
- Leistungen der Objektbetreuung werden nach Ablauf einer 6-monatigen Prüfungsfrist nach dem Ende der Leistungsphase 9 konkludent abgenommen.

## 7.) Schlussrechnung bezahlt = Architektenleistung abgenommen

**OLG Hamm; BGH, Beschluss vom 27.09.2023 – VII ZR 133/22**

Architektenleistungen können auch konkludent abgenommen werden.

- Eine konkludente Abnahme kommt in Betracht, wenn der Auftraggeber die Honorarrechnung des Architekten bezahlt und eine weitere Prüfungsfrist abläuft, ohne dass er Mängel des Architektenwerks rügt.
- Für eine konkludente/stillschweigende Abnahme kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an. Die anstandslose Begleichung der Schlussrechnung hat hierbei Indizwirkung, zudem ist dem Bauherrn eine gewisse Prüffrist einzuräumen. (Diese liegt in der Regel je nach Komplexität des Bauvorhabens und der Planungsleistungen zwischen 6 und 10 Monaten bis zu einem Jahr.)

## 8.) Was vereinbart ist, ist vereinbart!

**OLG Hamm; BGH, Beschluss vom 27.09.2023 – VII ZR 133/22**

- Die Planungsleistung des Architekten ist mangelhaft, wenn die erbrachte Planungsleistung von der vereinbarten Soll-Beschaffenheit abweicht. Es gilt auch für die Leistungen des Architekten der funktionale Mangelbegriff.
- Soll der Architekt die Baumaßnahme so planen, dass ein späterer Ausbau zu Wohnzwecken möglich ist, ist seine Leistung mangelhaft, wenn die Planung einen späteren Ausbau zu Wohnzwecken nicht zulässt. Das gilt selbst dann, wenn die beabsichtigte spätere Wohnraumnutzung derzeit bauordnungsrechtlich (noch) nicht zulässig ist.

## 9.) "Symptomtheorie" gilt auch im Architektenrecht

**OLG Stuttgart; BGH, Beschluss vom 21.06.2023 – VII ZR 67/22**

Für die Geltendmachung von Rechten wegen eines Mangels des Architektenwerks, der sich im Bauwerk realisiert hat, genügt der Bauherr seiner Darlegungspflicht, wenn er die sichtbaren Mangelperscheinungen bezeichnet und generell der Leistung des Architekten zuordnet.

Zu Ursachen der Mangelperscheinungen braucht er sich nicht zu äußern.

## 10.) Planung muss drückendes Wasser berücksichtigen

### OLG Stuttgart; BGH, Beschluss vom 21.06.2023 – VII ZR 556/21

- Der planende Architekt hat dafür Sorge zu tragen, dass seine Planung geeignet ist, die Entstehung eines mangelfreien und dichten Bauwerks zu gewährleisten.
- Eine Planung ist nur dann frei von Mängeln, wenn sie die Entstehung eines mangelfreien Werks und den nach den örtlichen Gegebenheiten notwendigen und dauerhaften Schutz gegen eindringendes Wasser vorsieht. Dabei sind auch Grundwasserstände zu berücksichtigen, die in langjähriger Beobachtung nur gelegentlich erreicht worden sind.
- Sind Details der Ausführung besonders schadensträchtig, müssen diese unter Umständen im Einzelnen geplant und dem Bauunternehmer in einer jedes Risiko ausschließenden Weise verdeutlicht werden. Gerade bei Problemen der Feuchtigkeitsisolierung muss die Ausführungsplanung bis ins kleinste Detail gehen!

## 11.) Der rechnungsprüfenden Architekt ist kein "Sonderfachmann Recht"!

### OLG Köln; BGH, Beschluss vom 15.03.2023 – VII ZR 449/21

- Der mit der Bauüberwachung beauftragte Architekt ist verpflichtet, Abschlagsrechnungen von Bauunternehmern daraufhin zu prüfen, ob sie fachtechnisch und rechnerisch richtig sind und ob die zugrunde gelegten Leistungen erbracht wurden und diese der vertraglichen Vereinbarung entsprechen
- Die Abgrenzung zwischen einer Mengenabweichung nach § 2 Abs. 3 VOB/B und einer Ausführungsabweichung nach § 2 Abs. 8 VOB/B ist als Rechtsfrage zu klassifizieren.
- Es würde die Anforderungen an das Maß der im Rahmen eines Architektenvertrages bei der Rechnungsprüfung anzuwendenden Sorgfalt erheblich überspannen, wolle man dem Architekten einen Sorgfaltspflichtverstoß vorwerfen, wenn er in einer solchen komplexen Konstellation eine der Rechtsfragen unzureichend erfasst und/oder unrichtig beantwortet.



## 12.) Der Architekt haftet für unwirksame Skontoklausel wegen unerlaubter Rechtsberatung!

**BGH, Urteil vom 09.11.2023 – VII ZR 190/22**

- Eine Vereinbarung, durch die sich ein Architekt verpflichtet, eine von ihm selbst entworfene, der Interessenlage des Bauherrn entsprechenden Skontoklausel zur Verwendung in den Verträgen mit den bauausführenden Unternehmen zur Verfügung zu stellen, ist wegen eines Verstoßes gegen das in § 3 RDG geregelte gesetzliche Verbot nach § 134 BGB nichtig.
- Die Verpflichtung des Architekten, dem Auftraggeber eine Skontoklausel für dessen Bauverträge zur Verfügung zu stellen, zielt auf die Erbringung einer nach § 3 RDG unerlaubten Rechtsdienstleistung.
- Eine allgemeine Rechtsberatung wird zum Berufsbild des Architekten nicht erfasst!



# Architekt/Ingenieur und Rechtsdienstleistungsgesetz

## § 3 RDG

Die selbstständige Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen ist nur in dem Umfang zulässig, in dem sie durch dieses Gesetz oder durch oder aufgrund anderer Gesetze erlaubt wird.

## Rechtsfolge:

### §134 BGB

Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts bei Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot



## § 5 Abs. 1 RDG

Erlaubt sind Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit einer anderen Tätigkeit, wenn sie als Nebenleistung zum Berufs- oder Tätigkeitsbild gehören. Ob eine Nebenleistung vorliegt, ist nach ihrem Inhalt, Umfang und sachlichen Zusammenhang mit der Haupttätigkeit unter Berücksichtigung der Rechtskenntnisse zu beurteilen, die für die Haupttätigkeit erforderlich sind.

## Rechtsprechungsbeispiele:

**OLG Hamm, Urteil vom 15.02.2005 – 21 U 27/04.**

- Ein Architekt ist zu einer rechtsberatenden Tätigkeit des Bauherrn weder berechtigt noch verpflichtet; es reicht regelmäßig aus, wenn er dem Bauherrn gängige Vertragsmuster mit Vertragsstrafen für die Bauunternehmer aushändigt.
- Der Architekt muss wissen, dass Vertragsstrafen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht ohne Festlegung einer Obergrenze vereinbart werden können.



**OLG Stuttgart, Beschluss vom 12.10.2006 – 5 U 111/06**

- Von einem Architekten kann nicht ohne weiteres die Klärung schwieriger und genehmigungsrelevanter Rechtsfragen verlangt werden, denn er ist kein Jurist.
- Pflicht des Architekten ist es lediglich, auf die Problematik hinzuweisen und die Einholung rechtskundiger Hilfe anzuregen

**OLG Nürnberg, Urteil vom 13.11.2009 – 2 U 1566/06**

Ein Architekt erbringt sein Architektenwerk dadurch mangelhaft, dass er nicht darauf hinwirkt, mit dem Unternehmer eine 5-jährige anstatt der 2-jährigen Mängelverjährung zu vereinbaren. Der Architekt ist gehalten, im Rahmen der Mitwirkung bei der Vergabe auf die Vereinbarung einer 5-jährigen Verjährungsfrist hinzuwirken.

In diesem Fall war die Vereinbarung einer nur 2 statt bei Installationsarbeiten angemessenen 5-jährigen Gewährleistungsfrist ein Mangel des Architektenwerks.



**OLG Düsseldorf; BGH Beschluss vom 16.12.2012 – VII ZR 234/11**

- Architekten müssen die Grundzüge des Werkvertragsrechts beherrschen und auch die Rechtsprechung zu klassischen Bauvertragsklausel wie Skontovereinbarungen, Gewährleistungsfristen und Vertragsstrafen-klausel im Wesentlichen kennen.

**OLG Dresden, Urteil vom 07.12.2017 – 10 U 245/17;**

**BGH, Beschluss vom 155.04.2020 – VII ZR 5/18**

- Der Architekt ist insoweit zur Rechtsberatung des Auftraggebers verpflichtet, als er darauf hinzuwirken hat, dass die notwendigen Schritte ergriffen werden, um Schadenersatzansprüche gegen den Auftragnehmer zu erhalten.
- Keine Beratungspflicht besteht jedoch für den Architekten, wenn seinem Auftraggeber aus objektiver Sicht unterstellt werden kann, dass er selbst über ausreichende rechtliche Kenntnisse verfügt.





## Resümee:

Architekten gehen ein hohes Haftungsrisiko ein, wenn sie selbstformulierte Bauverträge oder Vertragsmuster dem Auftraggeber zur Verfügung stellen.



# Aktuelle Rechtsprechung zum Baurecht

Referent:  
RA Dr. Stefan Paternoster



**Das Widerrufsrecht ist dahin auszulegen, dass es einen Verbraucher von jeder Verpflichtung zur Vergütung der Leistungen befreit, die in Erfüllung eines außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossenen Vertrags erbracht wurden, wenn ihm der Unternehmer die Informationen des Widerrufsrechts nicht übermittelt hat und der Verbraucher sein Widerrufsrecht nach Erfüllung dieses Vertrags ausgeübt hat.**

(EuGH, Urteil vom 17.05.2023 – Rs. C-97/22)



Der Auftraggeber (AG) schließt in seinem Haus im Oktober 2020 mit einem Unternehmen (U) mündlich einen Vertrag über die Erneuerung der Elektroinstallation. Über sein Widerrufsrecht wird der AG dabei nicht unterrichtet. Nach Erbringung seiner vertraglichen Leistungen legt U die Rechnung vor, die der AG nicht begleicht. Gleichzeitig erklärt der AG den Widerruf des Vertrags. U erhebt sodann Klage auf Vergütung.



## **§ 355 Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen**

(1) Wird einem Verbraucher durch Gesetz ein Widerrufsrecht nach dieser Vorschrift eingeräumt, so sind der Verbraucher und der Unternehmer an ihre auf den Abschluss des Vertrags gerichteten Willenserklärungen nicht mehr gebunden, wenn der Verbraucher seine Willenserklärung fristgerecht widerrufen hat.

(2) Die Widerrufsfrist beträgt 14 Tage. Sie beginnt mit Vertragsschluss, soweit nichts anderes bestimmt ist.

## **§ 356 Widerrufsrecht bei**

- außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und
- Fernabsatzverträgen



## **Wichtig: § 356 Abs. 3 BGB**

Die Widerrufsfrist beginnt nicht, bevor der Unternehmer den Verbraucher entsprechend den Anforderungen des Artikels 246a § 1 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 oder des Artikels 246b § 2 Absatz 1 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche unterrichtet hat. Das Widerrufsrecht erlischt spätestens zwölf Monate und 14 Tage nach dem in Absatz 2 oder § 355 Absatz 2 Satz 2 genannten Zeitpunkt.



## **Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge:**

Ein außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag ist ein Vertrag, der bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit des Unternehmers und des Verbrauchers an einem Ort, der nicht zu den Geschäftsräumen des Unternehmers gehört, geschlossen wird, also beispielsweise im Haus oder auf der Baustelle des Verbrauchers.



## Rechtsfolge (§ 357 BGB):

Steht dem Verbraucher ein Widerrufsrecht zu und übt der Verbraucher dieses fristgerecht aus, hat der Unternehmer keinen Vergütungsanspruch gegenüber dem Verbraucher. Der Unternehmer muss auch etwaige Zahlungen des Verbrauchers zurückgewähren.





## § 357a Wertersatz als Rechtsfolge des Widerrufs von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen

Der Verbraucher hat Wertersatz für die bis zum Widerruf erbrachten Dienstleistungen zu leisten, wenn der Verbraucher von dem Unternehmer **ausdrücklich verlangt** hat, dass mit der Leistung vor Ablauf der Widerrufsfrist begonnen werden soll.



Ein ausdrückliches Verlangen setzt aber voraus, dass der Verbraucher dem Unternehmer das Leistungsverlangen auf einem dauerhaften Datenträger übermittelt hat.

Es muss dem Empfänger möglich sein, eine auf dem Datenträger befindliche, an ihn persönlich gerichtete Erklärung so aufzubewahren oder zu speichern, dass sie ihm während eines für ihren Zweck angemessenen Zeitraums zugänglich ist (§ 126 b).

Beispiele: Papier, USB-Stick, CD-ROM, Speicherkarte, Festplatte, E-Mail und Computerfax.

## EuGH:

Das Widerrufsrecht soll den Verbraucher in dem besonderen Kontext des Abschlusses eines Vertrags außerhalb von Geschäftsräumen schützen, in dem der Verbraucher möglicherweise **psychisch unter Druck** steht oder einem **Überraschungsmoment** ausgesetzt ist, wobei es keine Rolle spielt, ob der Verbraucher den Besuch des betreffenden Unternehmers herbeigeführt hat oder nicht.

Daraus folgt, dass in dem Fall, dass der Unternehmer es vor Abschluss eines Vertrages unterlassen hat, einen Verbraucher über sein Widerrufsrecht zu belehren, auch ein Verlangen nicht möglich ist, mit der Folge, dass der Unternehmer keinen Vergütungsanspruch hat.

## Fazit:

- Bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen muss der Unternehmer immer an eine Widerrufsbelehrung denken.
- Beginnt man mit den Arbeiten trotz ordnungsgemäßer Widerrufsbelehrung vor Ablauf der Widerrufsfrist (14 Tage) ohne ausdrückliches Verlangen des Verbrauchers, besteht kein Vergütungsanspruch und man muss bereits Geleistetes zurückzahlen.
- Vergisst man die Widerrufsbelehrung kommt es auf ein ausdrückliches Verlangen nicht an.



**Ein Vertragsschluss bei gleichzeitiger Anwesenheit der Parteien außerhalb von Geschäftsräumen i.S.d. § 312b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB liegt nicht vor, wenn der Verbraucher ein vom Unternehmer am Vortag unterbreitetes Angebot am Folgetag außerhalb von Geschäftsräumen lediglich annimmt.**

(BGH, Urteil vom 6.07.2023 – VII ZR 151/22)



Der Unternehmer betreibt einen Dachdeckerbetrieb und wurde vom Besteller im Sommer 2018 mit einem ersten Auftrag beauftragt, die Dachrinnen zu erneuern und Abdichtungsarbeiten im Eingangsbereich des Reihenhauses auszuführen. Während der Ausführung dieser Arbeiten wurde festgestellt, dass der Wandanschluss des Daches defekt war. Der Unternehmer unterbreitete dem Besteller telefonisch ein Angebot, das die ungefähre Vergütungshöhe sowie die voraussichtliche Dauer der Arbeiten enthielt. Dieses Angebot wurde vom Besteller am nächsten Tag gegenüber dem Geschäftsführer des Unternehmers auf der Baustelle angenommen.

Voraussetzung des Widerrufsrechts ist, dass der Vertrag vor Ort bei gleichzeitiger Anwesenheit der Parteien geschlossen wird. Hierfür ist erforderlich, dass **sowohl das Angebot als auch die Annahme bei gleichzeitiger Anwesenheit** der Vertragspartner erklärt werden.

Ein Vertragsschluss bei gleichzeitiger Anwesenheit der Parteien außerhalb von Geschäftsräumen liegt nicht vor, wenn der Verbraucher ein vom Unternehmer am Vortag unterbreitetes Angebot am Folgetag außerhalb von Geschäftsräumen lediglich annimmt.

Vom Widerrufsrecht sollen solche Situationen nicht erfasst werden, in denen der Verbraucher die Gelegenheit hat, vor Vertragsschluss über das Angebot des Unternehmers nachzudenken.



**Nachtragsvereinbarungen über zusätzliche Leistungen des Unternehmers sind rechtlich selbstständige Werkverträge, weil sie - wie der Hauptvertrag - durch Angebot und Annahme zu Stande gekommen sind. Sie können daher selbstständig widerrufen werden.**

(OLG Karlsruhe, Beschluss vom 14.04.2023 – 8 U 17/23)





Ein Verbraucher erteilte einem Unternehmer drei Aufträge über nicht näher beschriebene Bauleistungen. Alle Verträge wurden mündlich auf der Baustelle geschlossen. Der Unternehmer belehrte den Verbraucher nicht über sein Widerrufsrecht. Der Verbraucher erklärt den Widerruf aller drei Verträge.



Unerheblich war aus Sicht des OLG, dass mindestens zwei der streitgegenständlichen Verträge Nachtragsvereinbarungen zu einem bestehenden Vertrag waren und mit diesem zusammenhängen. Wurden sie auf der Baustelle geschlossen, besteht auch bei solchen Zusatzvereinbarungen jedenfalls die **abstrakte Möglichkeit, dass der Verbraucher beim Abschluss unter "psychischem Druck" stand**. Allein dies rechtfertigt das Widerrufsrecht.



**Bei der Beurteilung, ob es sich um einen Verbraucherbaupvertrag i.S.v. § 650i Abs. 1 Fall 1 BGB handelt, kommt es nicht auf die Gesamtheit aller dem Unternehmer sukzessive im Verlauf der Bauarbeiten erteilten selbstständigen Aufträge an.**

(BGH, Urteil vom 26.10.2023 – VII ZR 25/23)



Besteller B und Unternehmer U schließen 2017 einen Vertrag über Rohbauarbeiten zur Errichtung eines Bürogebäudes, das der privaten Altersvorsorge von B dienen soll. 2018 beauftragt B den U für dasselbe Gebäude zu verschiedenen Zeitpunkten mit Estrich-, Trockenbau-, Zimmerer- und Stundenlohnarbeiten.

Es gilt der Grundsatz, wonach jeder selbständige Vertrag nach seinem Inhalt und den für diesen Vertrag geltenden Maßstäben zu beurteilen ist.

Es gibt keine Veranlassung, hiervon im Rahmen von § 650i BGB für Fälle eine Ausnahme zu machen, in denen sich der Unternehmer zunächst zum Bau eines Teils eines Gebäudes verpflichtet und anschließend während oder nach Durchführung der hiernach geschuldeten Arbeiten mit weiteren Leistungen an diesem Bauvorhaben beauftragt wird.



Wollte man in derartigen Fällen alle beauftragten Gewerke insgesamt in den Blick nehmen, lägen die Voraussetzungen eines Verbrauchervertrags erst in dem Moment vor, in dem ein Vertrag geschlossen wird, der zusammen mit den zuvor geschlossenen Verträgen Verpflichtungen begründet, die als Bau eines neuen Gebäudes zu qualifizieren wären. Dieser Umstand kann zu diesem Zeitpunkt weder rechtfertigen, dass der zuletzt geschlossene Vertrag nunmehr - abweichend von seinem Inhalt - als Verbrauchervertrag zu qualifizieren ist, noch, dass dieser und rückwirkend alle Verträge zu Verbraucherverträgen werden.

# Wichtige Änderungen im Vergaberecht

Referentin:  
RAin Stefanie Schönfeld

## Aktuelle Schwellenwerte (2024/2025)

- Bauaufträge: neu 5.538.000 € (*bisher 5.382.000 €*)
- Liefer- und Dienstleistungen für sonstige öffentliche Auftraggeber: neu 221.000 € (*bisher 215.000 €*)
- Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Sektorenbereich sowie Verteidigung/Sicherheit: neu 443.000 € (*bisher 431.000 €*)
- Liefer- und Dienstleistungsaufträge von oberen und obersten Bundesbehörden: neu 143.000 € (*bisher 140.000 €*)
- Konzessionsvergaben: neu 5.538.000 € (*bisher 5.382.000 €*)



# Verordnung zur Anpassung des Vergaberechts an die Einführung neuer elektronischer Standardformular („eForms“) für EU-Bekanntmachungen und an weitere europarechtliche Anforderungen vom 17.08.2023

- Wurde am 23.08.2023 veröffentlicht
- Art. 5: Diese Verordnung tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft (Übergang für eForms)
- Art. 1 Nr. 2: „§ 3 Absatz 7 Satz 2 wird aufgehoben“

## eForms

- Änderungen bzgl. Bekanntmachungsformularen, Umsetzung der EU-Richtlinie
- Anpassungen bei Auftragsbekanntmachungen:
  - Siehe Newsletter Nr. 8 – Oktober 2023
- Anpassungen bei Vergabebekanntmachungen:
  - Siehe Newsletter Nr. 10 – Dezember 2023

## Streichung § 3 Abs. 7 S. 2 VgV

- „(7) <sup>1</sup>Kann das beabsichtigte Bauvorhaben oder die vorgesehene Erbringung einer Dienstleistung zu einem Auftrag führen, der in mehreren Losen vergeben wird, ist der geschätzte Gesamtwert aller Lose zugrunde zu legen. ~~<sup>2</sup>Bei Planungsleistungen gilt dies nur für Lose über gleichartige Leistungen.~~ <sup>3</sup>Erreicht oder überschreitet der geschätzte Gesamtwert den maßgeblichen Schwellenwert, gilt diese Verordnung für die Vergabe jedes Loses.“

## Verordnungsbegründung

- Laufendes Vertragsverletzungsverfahren gegen die BRD: Klage der EU-Kommission vor dem Europäischen Gerichtshof sollte vermieden werden
- Kommission sieht in § 3 Abs. 7 S. 2 VgV a.F. einen Verstoß gegen EU-Recht
- Streichung hat „*lediglich klarstellende Wirkung*“
- Dennoch wird Erhöhung der Fallzahlen im Oberschwellenbereich erwartet: ca. 10.000 mehr Fälle im EU-Bereich, Erfüllungsaufwand: 110.000,- € pro Jahr (Unterschied Aufwand national und EU: + 110,- € bei AG, bei Bieter: - 25,- € nach Destatis)

## Verordnungsbegründung

- Aufhebung hat keine unmittelbare Rechtswirkung
- Für Planungsleistungen ist Zusammenrechnung einzelner Planungsleistungen nach der wirtschaftlichen und technischen Funktion der Leistung zu bestimmen, dies ergibt sich aus der Rechtsprechung Autalhalle Niedernhausen sowie der Gesetzesbegründung zu bisherigem § 3 Abs. 7 S. 2 VgV
- Damit keine Rechtsänderung, bei EU-Mitteln wurde umfassende Addition bereits empfohlen worden

## Verordnungsbegründung

- Ein einheitlicher Gesamtauftrag aus mehreren Losen liegt vor, *„sofern sie in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht eine innere Kohärenz und eine funktionelle Kontinuität aufweisen“*
- *„Soweit innere Kohärenz und funktionelle Kontinuität nicht zu einem einheitlichen Auftrag führen, können Planungsleistungen und auch sonstige Bau- und Dienstleistungen jedoch bisher und auch weiterhin getrennt betrachtet werden“* (z.B. Boden- und Schallschutzgutachten, Vermessungen oder Untersuchungen im Hinblick auf Umwelt und Naturschutz)

## Verordnungsbegründung

- Übrige Vorschriften bleiben unangetastet:
- § 97 Abs. 4 GWB: Losbildung zum Mittelstandsschutz
- Zudem Möglichkeit zur Nutzung des „20%-Kontingents“ nach § 3 Abs. 9 VgV:
- Bis zu 80.000,- € (bei Dienstleistung) je Los und bis zu 20% (Summenbildung) der Gesamtsumme können Leistungen national beschafft werden
- *„Auch ist eine gemeinsame Vergabe von Bau- und Planungsleistungen als Bauauftrag zulässig“*
- Zudem auch offenes oder nicht offenes Verfahren für Planungsleistungen zulässig (P: „Leistungswettbewerb“)

## Klarstellende Erläuterungen zur Auftragswertberechnung vor der Vergabe von Planungs- und Bauleistungen nach der Streichung von § 3 Absatz 7 Satz 2 VgV ...

- Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz vom 23.08.2023
- Funktionaler Zusammenhang im Einzelfall von Vergabestelle zu prüfen und zu dokumentieren
- Sowohl getrennte als auch gemeinsame Vergabe von Aufträgen für die Planung und die Ausführung von Bauleistungen möglich



## Rundschreiben des Bayerischen Staatsministeriums für Wohnen, Bau und Verkehr vom 18. Dezember 2023 (StMB)

- „Das zuständige Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz (BMWK) hat sowohl in der Verordnungsbegründung als auch in seinen klarstellenden Erläuterungen vom 23. August 2023 darauf hingewiesen, dass hierfür [also die Additionspflicht] jeweils eine **funktionale Betrachtung** anzustellen ist (vgl. Europäischer Gerichtshof (EuGH), Urteil vom 15.03.2012, C-574/10 – Autalhalle)“
- „Danach besteht in Anlehnung an die Rechtsprechung des EuGHs eine Additionspflicht dann, wenn **ein enger funktionaler Zusammenhang** zwischen den Planungsleistungen besteht.“

## Rundschreiben des Bayerischen Staatsministeriums für Wohnen, Bau und Verkehr vom 18. Dezember 2023 (StMB)

- *„Grundsätzlich sind dabei die unterschiedlichen Planungsleistungen im Rahmen eines Bauprojekts mit Blick auf ihre jeweilige konkrete Funktion (z. B. Gebäudeplanung, Erstellung einer Statik, Planung einer Technischen Gebäudeausrüstung) einzeln zu betrachten.  
Jedenfalls dann, wenn die Planungsleistungen lückenlos aufeinander abgestimmt und optimiert sein müssen, um eine Einheit ohne Schnittstellen zu bilden, besteht ein derart enger funktionaler Zusammenhang in obigem Sinne und die Auftragswerte der betroffenen Planungsleistungen sind zusammenzurechnen (vgl. OLG München, Urteil vom 13.03.2017, Verg 15/16).“*

## Rundschreiben des Bayerischen Staatsministeriums für Wohnen, Bau und Verkehr vom 18. Dezember 2023 (StMB)

- Beispiele werden benannt: hochtechnisierte Gebäude; Ingenieurbauwerke wie Schöpfwerke, Tunnelbauwerke, Brückenbauwerke; Planung eines Hallenbades; Planung eines Rechenzentrums
- Additionspflicht besteht **für diejenigen Leistungen**, bei denen ein solch enger Zusammenhang gegeben ist
- In diesen Fällen ist zumeist auch eine Begründung für (Teil)Generalplaner vorhanden

## Rundschreiben des Bayerischen Staatsministeriums für Wohnen, Bau und Verkehr vom 18. Dezember 2023 (StMB)

- Empfehlung bzgl. zu ergänzender Vertragsklausel:
- *„Zusätzlich bedingen die spezifischen Anforderungen der vertragsgegenständlichen Aufgabenstellung, dass bestimmte Leistungen in einem sehr engen funktionalen Zusammenhang stehen. Im Rahmen der Koordinierungs- und Integrationsaufgaben ist es deshalb erforderlich, entsprechende Beiträge an der Planung fachlich Beteiligter speziell zu überwachen und zu integrieren, so dass eine lücken- und schnittstellenlose, optimal aufeinander abgestimmte sowie kohärente Gesamtplanung gewährleistet ist. Dies betrifft insbesondere die nachfolgend aufgeführten Leistungen bzw. Leistungsbilder: ...“*

## Rundschreiben des Bayerischen Staatsministeriums für Wohnen, Bau und Verkehr vom 18. Dezember 2023 (StMB)

- Die Verpflichtung der Planer zur Integration der Planungsleistungen anderer an der Planung fachlich Beteiligter allein führt nicht zu einem engen funktionalen Zusammenhang und damit nicht zur Additionspflicht
- Die einfache Verpflichtung zur Integration bedeutet nicht, *„dass die Planungsleistungen lückenlos aufeinander abgestimmt und optimiert sowie einheitlich ohne Schnittstellen sein müssen“*

## Rundschreiben des Bayerischen Staatsministeriums für Wohnen, Bau und Verkehr vom 18. Dezember 2023 (StMB)

- **Nicht** zu addieren sind Leistungen, die sich nicht direkt auf die Maßnahme beziehen, sondern diese nur allgemein vorbereiten:
  - Machbarkeitsstudien, die erst zu Baum. führen sollen
  - Basisstudien für Hochwasserschutzmaßnahmen
  - Allgemeine Bedarfsermittlungen
  - Liegenschaftsabwasserkonzepte (LAK), Teil 1
  - Bestandserfassungen
  - Bodengutachten

## Rundschreiben des Bayerischen Staatsministeriums für Wohnen, Bau und Verkehr vom 18. Dezember 2023 (StMB)

- Projektsteuerung/Projektmanagement
- Baubetrieb
- Baubegleitende Gutachten
- Spartenkoordination
- SiGeKo
- Ggf. Freianlagen

*Achtung: Wenn eine gemeinsame Vergabe an einen AN erfolgt (z.B. SiGeKo bei Architekt), dann Additionspflicht*

## Rundschreiben des Bayerischen Staatsministeriums für Wohnen, Bau und Verkehr vom 18. Dezember 2023 (StMB)

- Aussagen des Rundschreibens gelten auch für Maßnahmen, bei denen der Freistaat Bayern Fördergeber ist
- Bei anderen Förderungen wird Abstimmung mit den Fördergeber empfohlen
- Bei EU-Mitteln in jedem Fall Addition
- Andere Verfahrensarten oder Rahmenvereinbarungen
- Verweis auf 20%-Kontingent
- **Dokumentation**, wenn keine Additionspflicht!



## **Rundschreiben des Bayerischen Staatsministeriums des Inneren, für Sport und Integration vom 31.01.2024 (StMI)**

- Verweis auf Rundschreiben StMB
- Eigenverantwortliche Entscheidung durch kommunalen Auftraggeber
- Gemeinsame Vergabe von Bau- und Planungsleistungen, wenn funktionale Ausschreibung nach § 7c VOB/A (also Auftrag an denselben Auftraggeber) zulässig
- Ansonsten nicht nutzen – Wortlaut § 103 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 GWB geht von gleichzeitiger Planung und Ausführung aus
- Zudem praktische Umsetzung fraglich

## Rundschreiben des Bayerischen Staatsministeriums des Inneren, für Sport und Integration vom 31.01.2024 (StMI)

- Kommunale Auftraggeber *„müssen im eigenen Wirkungskreis und im Rahmen ihres Selbstverwaltungsrechts im Einzelfall entscheiden, ob sie bei der Schätzung des Auftragswerts Planungsleistung addieren und in welchen Verfahren die Leistungen beschafft werden.“*
- Rechtsaufsichtliche Maßnahmen sind nicht veranlasst, wenn eine gemeinsame Vergabe als (einheitlicher) Bauauftrag erfolgt, auch wenn rechtliche Risiken vorhanden



## **Rundschreiben des Bayerischen Staatsministeriums des Inneren, für Sport und Integration vom 31.01.2024 (StMI)**

- Fördermaßnahmen des Freistaats Bayern: nur Direktvergabe förderschädlich (ANBest-K)
- Vereinfachte Verfahren nach Ziffern 1.11.5 und 1.11.6 der IMBek sind keine Direktvergaben
- Bei weiteren Förderauflagen Rücksprache mit Fördermittelgeber empfohlen

## Rundschreiben des Bayerischen Staatsministeriums des Inneren, für Sport und Integration vom 31.01.2024 (StMI)

- Laufende Beschaffungsmaßnahmen:
  - Bereits geschlossene Verträge müssen nicht aufgehoben bzw. beendet werden
  - Sind Leistungen bereits beauftragt und noch anstehende Leistungen vorhanden: wenn ein funktionaler Zusammenhang gegeben: die Änderung der VgV tritt nicht rückwirkend in Kraft, daher sei es „vertretbar“, dass bereits eingeleitete oder abgeschlossene Planungsvergaben in die Ermittlung des Auftragswertes nicht einzubeziehen sind

## VHF Bayern – I.5 – Richtlinie zur Ermittlung des Auftragswertes

- Ortsübliche Schätzung nötig, bei HOAI-Leistungen an Tabellen orientieren
- Gesamtvergütung betrachten: also auch Nebenkosten und Besondere Leistungen, Optionen (stufenweise) sind auch zu berücksichtigen
- Rahmenvereinbarung: Gesamtwert aller Einzelaufträge
- Auslobungsverfahren (Wettbewerbe nach RPW): auch Preisgelder und Zahlungen an die Teilnehmer sind zu berücksichtigen

## VHF Bayern – I.5 – Richtlinie zur Ermittlung des Auftragswertes

- Unterschiedliche Planungsleistungen sind grds. mit Blick auf ihre jeweilige konkrete Funktion einzeln zu betrachten
- Ein enger funktionaler Zusammenhang besteht, wenn Planungsleistungen lückenlos aufeinander abgestimmt und optimiert werden müssen
- Reine Integrationsleistung nach HOAI hierfür nicht ausreichend
- Leistungsphasen innerhalb eines Leistungsbildes sind jedoch immer zu addieren, auch wenn unterschiedliche Auftragnehmer beauftragt werden!

## Rechtsgutachten Prof. Dr. iur. Martin Burgi

Gemeinsame Vergabe von Aufträgen für Planungs- und Bauleistungen, kombiniert mit Fachlosbildung:

Funktionsweise und Rechtskonformität eines alternativen Beschaffungskonzepts (v.a. bei kommunalen Investitionsvorhaben für Klimaschutz, sozialer Infrastruktur, Sanierung etc.) nach Streichung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV

vom Februar 2024

## Rechtsgutachten Prof. Dr. iur. Martin Burgi

- Gutachten wurde durch BInGK, AHO-Ausschuss, BAK und VBI in Auftrag gegeben
- Alternatives Beschaffungskonzept: Gemeinsame Vergabe von Aufträgen für Planungs- und Bauleistungen, kombiniert mit Fachlosbildung
- Wird geprüft und für vergaberechtskonform betrachtet
- EuGH hat in Entscheidung Autalhalle-Niedernhausen nur bzgl. Architektenleistungen (über mehrere Bauabschnitte) entschieden
- Kammern und Verbände sind der Auffassung, die Bundesregierung über- bzw. fehlinterpretiere diese Entscheidung



## Rechtsgutachten Prof. Dr. iur. Martin Burgi

- Verschiedene Überlegungen in der Praxis:
  - Anhebung Schwellenwerte (europa- als auch völkerrechtlich unrealistisch)
  - Einsatz offenes Verfahren
  - Verzicht auf Losbildung, somit Generalplanervergabe
  - Einsatz von Zuwendungs- statt Vergabelösungen
  - (teil-)funktionale Ausschreibung von Planung plus Bauen, also Totalunternehmer
- Konzept der gemeinsamen Vergabe von Planungs- und Bauleistungen mit Fachlosbildung



## Rechtsgutachten Prof. Dr. iur. Martin Burgi

- Konzept wird in Hamburg umgesetzt
- Gemeinsame Vergabe von Bau- und Planungsleistungen, sei durch § 110 GWB gedeckt: Schwerpunkt seien Bauleistungen, daher sei das Regime der Bauvergabe entscheidend
- Fachlosbildung: Planungsleistungen als eigene Fachlose betrachten, § 97 Abs. 4 GWB
- Schwellenwert für Bauleistungen gilt
- Bauleistungen sicher nach Rechtsregime der Vergabe von Bauleistungen (also VOB/A EU)

## Rechtsgutachten Prof. Dr. iur. Martin Burgi

- Vergabe Planungsleistungen: nicht eindeutig klar, nach welchem Rechtsregime
- *„In Ermangelung näherer europarechtlicher Vorgaben und aufgrund des eindeutigen Wortlautes des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV, ist die Antwort m.E. in den §§ 1 u. 2 VgV zu suchen. Danach ist zunächst (wie in allen Fragen betreffend die Schwellenwerte und die anwendbaren Rechtsregimes) die VgV maßgeblich (das entspricht auch ihrem Charakter als unmittelbar staatlich gesetztem Recht), während die VOB/A-EU gemäß § 2 VgV lediglich „für die Vergabe von Bauaufträgen“ anwendbar ist. Die VgV enthält bekanntlich in den §§ 73 ff. spezifische Regelungen „für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen“, was belegt, dass der Verordnungsgeber diese sachgegenständlich von den in § 2 erwähnten „Baufträgen“ unterscheidet. Folglich ist es nahe-liegend, diese Vergaberegeln (die vollständig im Einklang mit den europäischen Vorgaben stehen und selbstverständlich Teil des europäischen Vergaberecht sind) auf die Vergabe der die Planungsleistungen betreffenden Lose anzuwenden. Dass für sämtliche Lose das gleiche Rechtsregime gelten müsse<sup>50</sup> ist weder der VgV noch der VOB/A-EU noch dem GWB bzw. den europäischen Vergaberichtlinien zu entnehmen.“*

## Rechtsgutachten Prof. Dr. iur. Martin Burgi

- Zudem Berücksichtigung § 3 Abs. 9 VgV:
- 20%-Kontingent zu Beginn der Maßnahme bilden, Dokumentation!
- Welche Werte? Planungsleistungen sollen nach VgV vergeben werden → 80.000,- € (Liefer- und Dienstleistungen) je Los oder 1.000.000,- € (Bauleistungen) je Los? In beiden Fällen: Nationale Vergaben nur bis zu 20% des Gesamtwertes (Planung+Bau)

## Rechtsgutachten Prof. Dr. iur. Martin Burgi

- *„Die Regelung des § 3 Abs. 9 VgV ergibt daher deutlich mehr Sinn, wenn man die Formulierung „bei Liefer- und Dienstleistungen“ bzw. „bei Bauleistungen“ auf den Auftrag insgesamt und nicht auf das Regime für das einzelne Los bezieht.“*
- Wenn Schwellenwert nicht erreicht: ebenfalls Aufteilung, Vergabe nach VOB/A und UVgO

## Zusammenfassung

- Addition im Einzelfall zu prüfen
- Handlungsmöglichkeiten wenn Additionspflicht:
  - Rahmenvereinbarungen – P: Laufzeit 4 Jahre, nicht für alle Planungsleistungen geeignet
  - Gemeinsame Vergabe mit Planungsleistungen (als Fachlos) – P: wohl h.M. (anders als Rechtsgutachten): Vergabe auch Planungsleistungen nach VOB/A
  - TU-/GU-Vergabe – P: Verstoß gegen Losbildung zum Mittelstandsschutz
  - Nutzung 20%-Kontingent
  - Andere Verfahrensarten nutzen

# Addition von Planungsleistungen - Handlungsmöglichkeiten

Referentin:  
RAin Isabella Flock



## Ausgangssituation: Addition der Planungsleistungen

- Betrachtung des Gesamtauftragswertes aller einzelner Planungsgewerke
- Gesamtauftragswert überschreitet den EU – Schwellenwert i. H. v. 221.000 € netto





# Handlungsmöglichkeit Nr. 1

## 80 / 20 – Regel

Auch bekannt als:

- 20% - Kontingent
- Bagatellklausel

80 / 20 – Regel bzw. 20% - Kontingent

§ 3 VgV – Schätzung des Auftragswerts

(...)

(9) Der öffentliche Auftraggeber kann bei der Vergabe **einzelner Lose** von Absatz 7 Satz 2 sowie Absatz 8 abweichen, wenn der geschätzte **Nettowert** des betreffenden Loses bei Liefer- und Dienstleistungen **unter 80 000 Euro** und bei Bauleistungen unter 1 Million Euro liegt und die Summe der Nettowerte dieser Lose **20 Prozent des Gesamtwertes** aller Lose nicht übersteigt.

(...)



## 80 / 20 – Regel bzw. 20% - Kontingent

Die Regelung des § 3 Abs. 9 VgV eröffnet Auftraggebern die **Möglichkeit, einzelne Lose** (Gewerke) **national auszuschreiben**, obwohl der Gesamtauftragswert den **Schwellenwert überschreitet**.

### Voraussetzungen:

- max. 80.000 € netto pro Los (Planungsgewerk)
- max. 20% des gesamten Auftragswerts

Der Auftraggeber hat ein Wahlrecht, welche Lose er national ausschreiben möchte.

### ACHTUNG:

Wahlrecht muss frühzeitig ausgeübt werden → vor Einleitung des ersten Vergabeverfahrens → nachträgliche Zuordnung ist ausgeschlossen



## 80 / 20 – Regel bzw. 20% - Kontingent

### Zusammenfassung dieser Regelung:

- „große“ Einzellose, deren Wert 80.000 € netto überschreiten unterliegen in jedem Fall dem EU-Vergaberecht und sind europaweit auszuschreiben
- „kleine“ Einzellose unterhalb von 80.000 € netto können national ausgeschrieben werden und zwar in einem Kontingent von bis zu 20 % der Gesamtauftragssumme

## 80 / 20 – Regel bzw. 20% - Kontingent

### Festlegung des 20% - Kontingent in der Planungsvergabe – Beispiel:

- Gesamtkosten (KG 300-700): ca. 3,3 Mio. € netto
  - Auftragswert der zu addierenden Planungsleistungen (Teil der KG 700) :  
ca. 650.000 € netto
  - 20 % Kontingent:  $20\% \text{ von } 650.000 \text{ € netto} = 130.000 \text{ € netto}$
- Zur Verfügung stehendes 20 % Kontingent: 130.000 € netto

## Festlegung des 20% - Kontingent in der Planungsvergabe – Beispiel:

Planungsleistungen nach KG Gewerkeliste nicht abschließend	Wert ( < 80.000 € netto)	EU- Vergabe	20% Kontingent
<b>700 Baunebenkosten</b>			
<b>730 Objektplanung</b>			
731 Gebäude u. Innenräume	254.000 € netto	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
732 Freianlagen	93.000 € netto	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
<b>740 Fachplanung</b>			
741 Tragwerksplanung	83.000 € netto	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
742 Technische Ausrüstung			
HLS	75.000 € netto	<input type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
ELT	44.000 € netto	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>
743 Bauphysik	20.000 € netto	<input type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
745 Ingenieurvermessung	10.000 € netto	<input type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>
747 Brandschutz	10.000 € netto	<input type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>

## 80 / 20 – Regel bzw. 20% - Kontingent

### Festlegung des 20% - Kontingent in der Planungsvergabe – Beispiel:

#### Zusammenfassung:

- Verbrauchtes 20 % Kontingent: 115.000 € netto
  - HLS
  - Bauphysik
  - Ingenieurvermessung
  - Brandschutz
- EU-Vergabe
  - Gebäude und Innenräume
  - Freianlagen
  - Tragwerksplanung
  - ELT



## Handlungsmöglichkeit Nr. 2

### Wahl des Vergabeverfahrens

- Offenes Verfahren, § 15 VgV
- Nicht offenes Verfahren mit Teilnahmewettbewerb, § 16 VgV
- Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, § 17 VgV



Offenes Verfahren, § 15 VgV	Nicht offenes Verfahren mit Teilnahmewettbewerb, § 16 VgV	Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, § 17 VgV
Vorbereitung des Verfahrens, Erstellen der Vergabeunterlagen, § 29 VgV		
Veröffentlichung der Bekanntmachung, § 40 VgV: Frist – 30 Tage		
<i>im offenen Verfahren gibt es keinen Teilnahmewettbewerb</i>	Teilnahmewettbewerb: Auswertung Teilnahmeanträge, ggf. Nachforderung / Aufklärung → Auswahlverfahren der Bieter für Stufe 2	
	Aufforderung zur Angebotsphase: Frist – 25 Tage	
Abgabe verbindlichen Angebote: Honorarangebot und textliche Ausführungen zu den Zuschlagskriterien		Abgabe Erstangebote: Honorarangebot und textliche Ausführungen zu den Zuschlagskriterien
Auswertung der Angebote; ggf. Aufklärungen → keine Verhandlungen → <b>Nachverhandlungsverbot</b>		Auswertung der Erstangebote
<i>Diese weiteren Verfahrensschritte sind im offenen und nicht offenen Verfahren nicht vorgesehen</i> → <b>Nachverhandlungsverbot</b>		Verhandlungsgespräche
		Aufforderung zur finalen Angebotsabgabe: Frist – ca. 7 Tage
		Abgabe finaler Angebote
		Auswertung der finalen Angebote
Vorbereitung Vergabevorschlag, Einbeziehung der notwendigen Gremien		
Informationen nach § 134 GWB mit 10-tägiger Wartefrist		
Zuschlagserteilung § 127 GWB, § 58 VgV		
Bekanntmachung vergebener Aufträge, Vergabestatistikmeldung		

## Wahl des Vergabeverfahrens

### Offenes Verfahren, § 15 VgV

- Einstufiges Verfahren
- **Vorteil:**
  - kürzere Verfahrensdauer: ca. 1,5 Monate (VÖ – Vergabevorschlag)
- **Nachteile:**
  - kein Auswahlverfahren nach § 51 VgV → Kein Mehr an Eignung
  - Eignungsprüfung ausschließlich anhand strenger gesetzlicher Vorgaben
  - Vielzahl an Angeboten (keine Beschränkung möglich)
  - Hoher Bewertungsaufwand der Angebote
  - Nachverhandlungsverbot

**Fazit:** Für Planungsvergaben wenig geeignet

## Wahl des Vergabeverfahrens

### Nicht offenes Verfahren mit Teilnahmewettbewerb, § 16 VgV

- Mehrstufiges Verfahren
- **Vorteil:**
  - Auswahlkriterien nach § 51 VgV möglich → Mehr an Eignung
- **Nachteile:**
  - Mindesten fünf Bieter sind zur Angebotsabgabe aufzufordern
  - Höherer Bewertungsaufwand der Angebote
  - Nachverhandlungsverbot

**Fazit:** Für Planungsvergaben teilweise geeignet

## Wahl des Vergabeverfahrens

### Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, § 16 VgV

- Mehrstufiges Verfahren
- **Vorteile:**
  - Auswahlkriterien nach § 51 VgV möglich → Mehr an Eignung
  - Keine strenge formale Prüfung der Erstante
  - (Nach-) Verhandlungsmöglichkeit
  - Mindestens drei Bieter sind zur Angebotsabgabe aufzufordern
- **Nachteile:**
  - Längere Verfahrensdauer: 3,5 – 4 Monate (VÖ bis Vergabevorschlag)

**Fazit:** nach wie vor für Planungsverfahren am besten geeignet



## Weitere Handlungsspielräume

- Zuschlag auf das Erstangebot
- Zuschlagskriterien
- Gremium

## Handlungsspielraum – Zuschlag auf Erstangebot

### Möglichkeit - § 17 Abs. 11 VgV

(...)

(11) Der öffentliche Auftraggeber kann den Auftrag **auf der Grundlage der Erstangebote** vergeben, ohne in Verhandlungen einzutreten, wenn er sich in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung **diese Möglichkeit vorbehalten** hat.

(...)

- Auswertung der Erstangebote
- Prüfung, ob Verhandlungsbedarf besteht
- Auf Verhandlungsgespräche verzichten (Präsentationen etc.)
- Keine Aufforderungen zur finalen Angebotsabgabe
- Vergabevorschlag auf Basis des Erstangebots

## Handlungsspielraum - Zuschlagskriterien

### Grundsatz - § 76 Abs. 1 S. 1 VgV

(1) Architekten – und Ingenieurleistungen werden im **Leistungswettbewerb** vergeben. (...)

→ Schwerpunkt: Qualitätskriterien

→ Reiner Preiswettbewerb ist unzulässig

### Möglichkeit:

- Qualitative Zuschlagskriterien abändern bzw. abmildern
- Bewertung für das Gremium vereinfachen



## Handlungsspielraum – Gremium

### Grundsatz - § 58 Abs. 5 VgV

(...)

(5) An der Entscheidung über den Zuschlag sollen in der Regel **mindestens zwei Vertreter** des öffentlichen Auftraggebers mitwirken.

- 4-Augen-Prinzip
- Gremium entsprechend klein halten
- ggf. auf Verwaltung beschränken und auf Politik verzichten



# Verliert die VOB/B ihre Bedeutung?

Referentin:  
RAin Martina Weigl

## Übersicht



Herausforderungen für die VOB/B



Aktuelle Rechtsprechung



Ausblick VOB/B



Hinweise für die Praxis



## Herausforderungen für die VOB/B

- Einführung des BGB-Bauvertragsrechts zum 1.1.2018
- Rechtsunsicherheit durch unwirksame oder zumindest fragliche Klauseln

Beispiele:

### VOB/B vom AG gestellt:

- § 1 Abs. 3 VOB/B
- § 2 Abs. 5 VOB/B
- § 2 Abs. 8 VOB/B
- § 4 Abs. 7 S. 1 und 3 VOB/B
- § 4 Abs. 8 Nr. 1, 2 VOB/B
- § 13 Abs. 5 Nr. 1 S. 2 VOB/B
- § 16 Abs. 3 Nr. 1 VOB/B
- § 16 Abs. 3 Nr. 2-5 VOB/B

### VOB/B vom AN gestellt:

- § 2 Abs. 5 VOB/B
- § 12 Abs. 5 VOB/B
- § 13 Abs. 4 VOB/B
- § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B



## Aktuelle Rechtsprechung – BGH, Urteil vom 19.1.2023 – VII ZR 34/20

### Ausgangslage und Gegenstand

Bau- und Vergaberecht 2023 – Zusammenfassung und Ausblick 

► Ausgangslage und Gegenstand des Urteils (1/2)

- AG und AN schlossen einen Vertrag über Straßen- und Tiefbauarbeiten, Auftragsumme ca. 3.000.000,-€
- In dem Vertrag wurde die VOB/B in der damals geltenden Fassung (2002) einbezogen
- Der AN kam dem Verlangen nach Bereitstellung eines von AG beauftragten Mengels, welcher mit einem Aufwand von ca. 6.000 Euro bei laufendem Baubetrieb in zwei bis drei Arbeitstagen hätte erledigt werden können, nicht nach
- Der AG kündigte nach Fristablauf und vorheriger Androhung der Kündigung des Bauvertrag hinsichtlich aller zu diesem Zeitpunkt noch nicht erbrachten Arbeiten

→ Ist die außerordentliche Kündigung wirksam?

10/19



### Urteil

Bau- und Vergaberecht 2023 – Zusammenfassung und Ausblick 

 BGH, Urteil vom 19.1.2023 – VII ZR 34/20:

Ist die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart worden, hat § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B (2002) ebenso wie die hierauf rückbezogene Bestimmung in § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) bei Verwendung durch den Auftraggeber der Inhaltskontrolle nicht stand. Die Kündigungsregelung in § 4 Nr. 7 Satz 3 i.V.m. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) **benachteiligt den Auftragnehmer unverhältnismäßig** i.S.v. § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB und ist daher **unwirksam**.

10/19



### Gründe und Zusammenfassung

Bau- und Vergaberecht 2023 – Zusammenfassung und Ausblick 

 Entscheidungsgründe

a) Inhaltskontrolle der VOB/B: vorliegen rechtlich möglich?

 Citavi

10/19

## ► Ausgangslage und Gegenstand des Urteils (1/2)

- AG und AN schlossen einen Vertrag über Straßen- und Tiefbauarbeiten, Auftragssumme ca. 3.000.000,- €
- In den Vertrag wurde die VOB/B in der damals geltenden Fassung (2002) einbezogen
- Der AN kam dem Verlangen nach Beseitigung eines vom AG behaupteten Mangels, welcher mit einem Aufwand von ca. 6.000 Euro bei laufendem Baubetrieb in zwei bis drei Arbeitstagen hätte erledigt werden können, nicht nach
- Der AG kündigte nach Fristablauf und vorheriger Androhung der Kündigung den Bauvertrag hinsichtlich aller zu diesem Zeitpunkt noch nicht erbrachten Arbeiten

→ **Ist die außerordentliche Kündigung wirksam?**

## ► Ausgangslage und Gegenstand des Urteils (2/2)

§ 4 Nr. 7 VOB/B (2002):

*(1) Leistungen, die schon während der Ausführung als mangelhaft oder vertragswidrig erkannt werden, hat der Auftragnehmer auf eigene Kosten durch mangelfreie zu ersetzen. (2) Hat der Auftragnehmer den Mangel oder die Vertragswidrigkeit zu vertreten, so hat er auch den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. (3) Kommt der Auftragnehmer der Pflicht zur Beseitigung des Mangels nicht nach, so kann ihm der Auftraggeber eine angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels setzen und erklären, dass er ihm nach fruchtlosem Ablauf der Frist den Auftrag entziehe (§ 8 Nr. 3).*



# Aktuelle Rechtsprechung – BGH, Urteil vom 19.1.2023 – VII ZR 34/20

## Ausgangslage und Gegenstand

Bau- und Vergaberecht 2023 – Zusammenfassung und Ausblick

**Ausgangslage und Gegenstand des Urteils (1/2)**

- AG und AN schlossen einen Vertrag über Straßen- und Tiefbauarbeiten, Auftragsumme ca. 3.000.000,-€
- In dem Vertrag wurde die VOB/B in der damals geltenden Fassung (2002) einbezogen
- Der AN kann dem Verfall nach Bestätigung eines von AG beauftragten Mergels, welcher mit einem Aufwand von ca. 6.000 Euro bei laufendem Baubetrieb in zwei bis drei Arbeitstagen hätte erledigt werden können, nicht nach
- Der AG kündigte nach Fristablauf und vorheriger Androhung der Kündigung des Bauvertrags hinsichtlich aller zu diesem Zeitpunkt noch nicht erfassten Arbeiten

→ ist die außerordentliche Kündigung wirksam?



## Urteil

Bau- und Vergaberecht 2023 – Zusammenfassung und Ausblick

**BGH, Urteil vom 19.1.2023 – VII ZR 34/20:**

ist die **VOB/B nicht als Ganzes vereinbart** worden, hat § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B (2002) ebenso wie die hierauf rückbezogene Bestimmung in § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) bei **Verwendung durch den Auftraggeber der Inhaltskontrolle nicht steht**. Die Kündigungsregelung in § 4 Nr. 7 Satz 3 i.V.m. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) **benachteiligt den Auftragnehmer unverhältnismäßig** i.S.v. § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB und ist daher **unwirksam**.



## Gründe und Zusammenfassung

Bau- und Vergaberecht 2023 – Zusammenfassung und Ausblick

**Entscheidungsgründe**

a) Inhaltskontrolle der VOB/B: vorliegen? rechtlich möglich?



## BGH, Urteil vom 19.1.2023 – VII ZR 34/20:

Ist die **VOB/B nicht als Ganzes vereinbart** worden, hält § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B (2002) ebenso wie die hierauf rückbezogene Bestimmung in § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) **bei Verwendung durch den Auftraggeber der Inhaltskontrolle nicht stand**. Die Kündigungsregelung in § 4 Nr. 7 Satz 3 i.V.m. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) **benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen** i.S.v. § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB und ist daher **unwirksam**.





## Aktuelle Rechtsprechung – BGH, Urteil vom 19.1.2023 – VII ZR 34/20

### ► Ausgangslage und Gegenstand

Bau- und Vergaberecht 2023 – Zusammenfassung und Ausblick 

► Ausgangslage und Gegenstand des Urteils (1/2)

- AG und AN schlossen einen Vertrag über Straßen- und Tiefbauarbeiten, Auftragsumme ca. 3.000.000,-€
- In dem Vertrag wurde die VOB/B in der damals geltenden Fassung (2002) einbezogen
- Der AN kam dem Verlangen nach Beteiligung eines von AG beauftragten Mergels, welcher mit einem Aufwand von ca. 6.000 Euro bei laufendem Baubetrieb in zwei bis drei Arbeitstagen hätte erledigt werden können, nicht nach
- Der AG kündigte nach Fristablauf und vorheriger Androhung der Kündigung des Bauvertrag hinsichtlich aller zu diesem Zeitpunkt noch nicht erachteten Arbeiten

→ Ist die außerordentliche Kündigung wirksam?

10/19



### Urteil

Bau- und Vergaberecht 2023 – Zusammenfassung und Ausblick 

🔗 BGH, Urteil vom 19.1.2023 – VII ZR 34/20:

Ist die VOB/B nicht als Ganzes vereinbart worden, hat § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B (2002) ebenso wie die hierauf rückbezogene Bestimmung in § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) bei Verwendung durch den Auftraggeber der Inhaltskontrolle nicht stand. Die Kündigungsregelung in § 4 Nr. 7 Satz 3 i.V.m. § 8 Nr. 3 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 VOB/B (2002) **benachteiligt den Auftragnehmer unverhältnismäßig** i.S.v. § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB und ist daher **unwirksam**.

10/19



### Gründe und Zusammenfassung

Bau- und Vergaberecht 2023 – Zusammenfassung und Ausblick 

📄 Entscheidungsgründe

a) Inhaltskontrolle der VOB/B: vorliegen rechtlich möglich?



10/19



## Entscheidungsgründe

a) Inhaltskontrolle der VOB/B vorliegend rechtlich möglich?



### Exkurs

Bau- und Vergaberecht 2023 – Zusammenfassung und Ausblick

Exkurs: Privilegierung der VOB/B (1/2)

- VOB/B enthält speziell auf die Bedürfnisse von am Bau beteiligten Vertragsparteien zugeschnittene Allgemeine Geschäfts- bzw. Vertragsbedingungen
- Als ausgewogenes Klauselwerk sollen die Interessen der Parteien möglichst ausgeglichen berücksichtigt werden
- Aufgrund dieser Ausgewogenheit ist die VOB/B privilegiert. Das bedeutet, dass sie – sofern sie ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt in den Vertrag einbezogen wurde – keiner AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle unterzogen werden kann, § 310 Abs. 1 S. 3 BGB

- 106/214

## Exkurs: Privilegierung der VOB/B (1/2)

- VOB/B enthält speziell auf die Bedürfnisse von am Bau beteiligten Vertragsparteien zugeschnittene Allgemeine Geschäfts- bzw. Vertragsbedingungen
- Als ausgewogenes Klauselwerk sollen die Interessen der Parteien möglichst ausgeglichen berücksichtigt werden
- Aufgrund dieser Ausgewogenheit ist die VOB/B privilegiert. Das bedeutet, dass sie – sofern sie ohne inhaltliche Abweichungen insgesamt in den Vertrag einbezogen wurde – keiner AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle unterzogen werden kann, § 310 Abs. 1 S. 3 BGB

## Exkurs: Privilegierung der VOB/B (2/2)

### **Wegfall** der Privilegierung:

- Jede vertragliche Abweichung von der VOB/B führt dazu, dass diese nicht als Ganzes vereinbart ist. Es kommt nicht darauf an, welches Gewicht der Eingriff hat. (BGH, Urteil vom 22.1.2004, VII ZR 419/02)
- Auch geringfügige inhaltliche Abweichungen reichen aus
- Bis heute ungeklärt und streitig ist die Frage, ob die Privilegierung auch dann entfällt, wenn von sog. Öffnungsklauseln Gebrauch gemacht wird, bspw. eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist aus § 13 Abs. 4 VOB/B

### **Folge** des Wegfalls der Privilegierung:

Inhaltskontrolle gem. §§ 307 – 309 BGB: individuelle Kontrolle einzelner Klauseln auf deren Wirksamkeit



## Entscheidungsgründe

a) Inhaltskontrolle der VOB/B vorliegend rechtlich möglich?

Jede vertragliche Abweichung von der VOB/B führt dazu, dass diese nicht als Ganzes vereinbart ist, unabhängig davon, welches Gewicht der Eingriff hat. Damit ist die Inhaltskontrolle auch dann eröffnet, wenn nur geringfügige inhaltliche Abweichungen von der VOB/B vorliegen. Ob eventuell benachteiligende Regelungen im vorrangigen Vertragswerk möglicherweise durch andere Regelungen „ausgeglichen“ werden, ist unerheblich (BGH, Urteil vom 22.1.2004 – VII ZR 419/02)

**-> VOB/B nicht als Ganzes vereinbart, Inhaltskontrolle möglich**

## Entscheidungsgründe

### b) Unwirksamkeit des § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B (2002) (1/5)

Unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des Verwenders der AGB i.S.d. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB?

(+), weil klauselmäßige Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung vorliegt

- Dabei wird immer die kundenfeindlichste Auslegung zugrundegelegt, § 305c Abs. 2 BGB: Demnach ist die Kündigung bereits bei ganz geringfügigen und unbedeutenden Vertragswidrigkeiten oder Mängeln eröffnet
  - AG kann dem AN Auftrag entziehen, wenn eine mangelhafte oder vertragswidrige Leistung in der Ausführungsphase aufgetreten ist, die der AN trotz Fristsetzung und Kündigungsandrohung nicht beseitigt hat
  - Darüber hinaus keine weitere Voraussetzung

## Entscheidungsgründe

### b) Unwirksamkeit des § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B (2002) (2/5)

- Einschränkungslöse Möglichkeit der Kündigung in jedem denkbaren Fall festgestellter Vertragswidrigkeit oder Mangelhaftigkeit
- Keine Bewertung des Gewichts des Mangels oder der Vertragswidrigkeit im Hinblick auf die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses
- Keine Differenzierung nach der Ursache, der Art, dem Umfang, der Schwere oder den Auswirkungen der Vertragswidrigkeit oder des Mangels
- Selbst unwesentliche Mängel, die den AG nach § 640 Abs. 1 S. 2 BGB nicht zur Verweigerung der Abnahme berechtigen würden, können zur Kündigung aus wichtigem Grund führen



## Entscheidungsgründe

### b) Unwirksamkeit des § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B (2002) (3/5)

Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung

- Anknüpfungstatbestand für Verträge, die nach dem 1.1.2002 geschlossen wurden: § 314 BGB;
- ´ für Verträge ab 1.1.2018: § 648a BGB
- Voraussetzung einer **Kündigung aus wichtigem Grund** ist, dass der Auftragnehmer durch ein den Vertragszweck gefährdendes Verhalten die vertragliche Vertrauensgrundlage zum Auftraggeber derart erschüttert hat, dass diesem unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht zugemutet werden kann.





## Entscheidungsgründe

### b) Unwirksamkeit des § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B (2002) (4/5)

Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung

- Eine vertragswidrige oder mangelhafte Werkleistung in der Ausführungsphase kann im Hinblick auf die zu berücksichtigende Dispositionsfreiheit des Auftragnehmers nur dann ein wichtiger Grund sein, wenn weitere Umstände hinzutreten, die die Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung für den Auftraggeber begründen.



## Entscheidungsgründe

### b) Unwirksamkeit des § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B (2002) (5/5)

Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung

- Solche können sich im **Einzelfall** aus Umständen ergeben, die einen **Bezug zu der potenziell mangelhaften oder vertragswidrigen Leistung** aufweisen, sofern diese in der **Gesamtabwägung** so schwer wiegen, dass sie zu einer tiefgehenden Störung der für die Fortsetzung des Vertrags notwendigen Vertrauensbeziehung geführt haben. Ein **berechtigtes Interesse** des Auftraggebers, die **Fertigstellung** durch den Auftragnehmer **nicht mehr abwarten** zu müssen, kann etwa aus der **Ursache**, der **Art**, dem **Umfang**, der **Schwere** oder den **Auswirkungen der Vertragswidrigkeit oder des Mangels** folgen.



## Zusammenfassung

**Der BGH erklärt die Klausel für unwirksam, weil dem AN bei Nichtbeseitigung eines noch so kleinen Mangels die Kündigung des gesamten Auftrags droht. Die Unwirksamkeit wird hingegen nicht darauf gestützt, dass dem AG bereits vor Abnahme Mängelansprüche eingeräumt werden, § 4 Abs. 7 Satz 1 VOB/B.**

## ➤ Wie geht es weiter mit der VOB/B? (1/2)

- Nach Einführung des neuen BGB-Bauvertragsrechts:
  - Keine Änderungen/Anpassungen an der VOB/B
  - Es sollte zunächst die Entwicklung der Rechtsprechung zum BGB-Bauvertrag, insbesondere auch unter AGB-rechtlichen Aspekten, verfolgt werden
  - und daraus ggf. Veränderungsbedarf in der VOB/B abgeleitet werden
  - Fachwelt sollte nicht überfordert werden, wenn sie sich zeitgleich auf das neue BGB-Bauvertragsrecht und eine geänderte VOB/B einstellen muss
- Derzeit sind keine Anpassungen durch den Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss (DVA) abzusehen

## Wie geht es weiter mit der VOB/B? (2/2)

- **Initiativstellungnahme des Gesetzgebungsausschusses privates Bau- und Architektenrecht des Deutschen Anwaltsvereins**
  - Darin werden dringende Anpassungen der VOB/B gefordert
  - § 4 Abs. 7 VOB/B soll durch eine - auch als AGB - wirksame Neufassung ersetzt werden
  - Die Möglichkeit des Mängelbeseitigungsanspruchs des AG vor Abnahme soll bestehen bleiben
  - Das Kündigungsrecht soll flexibler gestaltet werden: Kündigung in Bezug auf den von dem Mangel betroffenen abgrenzbaren Teil der geschuldeten Leistung
  - Annäherung der Voraussetzungen an § 648a BGB: Unzumutbarkeit des Abwartens auf die Mängelbeseitigung, gravierender Mangel
- Bisher keine offizielle Reaktion des DVA



## Hinweise für die Praxis

- Rechtssicherheit hinsichtlich der Anwendbarkeit etwaiger Klauseln der VOB/B kann nur durch die Einbeziehung in den Vertrag „**als Ganzes**“ herbeigeführt werden
- Auf Modifizierungen jeglicher Art sollte verzichtet werden, da anderenfalls der Wegfall der Privilegierung der VOB/B droht
- Das gilt vor allem für Auftraggeber, die selbst Verwender der VOB/B sind
- Bei Bedarf die Klauseln der VOB/B individuell anzupassen, sollte eine rechtliche Beratung erfolgen



## Verliert die VOB/B ihre Bedeutung?

# Rechtsprechung und rechtliche Problemfelder aus dem Immobilienrecht

Referent:  
RA Wolfgang Straube





## A.) Der wesentliche Vertragsgegenstand

### I.) Beispiel aus dem Bauträgerrecht

1. MaBV nach Baufortschritt bei Bauabschnitten und Schlussrate
2. Gasbetriebene Heizzentrale vs BHKW
3. Altlastenverdacht

### II.) Kaufobjekt im Bestand

- „Wohnung“ keine Beschaffenheitsangabe

### III.) Maklervertrag und Reservierungsgebühr

## B.) Der Architekt und die Anordnung

## C.) WEG-Recht

- Kein Pool in Deinem Garten

## D.) Mietrecht

- Schadensbemessung an fiktiven Mängelbeseitigungskosten

## A.) I.) 1. MaBV nach Baufortschritt bei Bauabschnitten und Schlussrate

### Bauträgervertrag

- Vertragsobjekt  
Beschreibung: Wohnung- bzw. Teileigentum (an einem Grundstück mit 4 Häusern) Miteigentumsanteil 112/10.000 verbunden mit Sondereigentum
- Kauf  
das in Abschnitt A genannte Wohnung- und Teileigentum ... zum Alleineigentum
- Bauverpflichtung  
der Veräußerer verpflichtet sich die vertragsgegenständliche Wohnanlage und insbesondere das Vertragsobjekt herzustellen.

## Kaufpreisfälligkeit

Der Veräußerer bildet entsprechend dem Bauablauf die einzelnen Kaufpreistraten nach seinem freien Ermessen, und zwar max. 7 Raten aus den nachstehenden Prozentsätzen des Kaufpreises, wobei hinsichtlich des Baufortschrittes **auf den Umfang, der vom Veräußerer dem Erwerber gegenüber geschuldeten Herstellungspflicht** vergleiche Abschnitt D abzustellen ist:

### (§ 3 Abs. II MaBV)

30 vom Hundert der Vertragssumme in den Fällen, in denen Eigentum an einem Grundstück übertragen werden soll,

40 vom Hundert nach Rohbaufertigstellung, einschließlich Zimmererarbeiten,

8 vom Hundert für die Herstellung der Dachflächen und Dachrinnen,

-

5 vom Hundert nach vollständiger Fertigstellung.

## Lösung

### Augenmerk auf Beschreibung der Bauverpflichtung:

Beispiel, wie man es richtig macht:

*Klargestellt wird, dass sich die Herstellungsverpflichtung*

*1. auf Gebäude und Anlagen des Bauabschnitts 1 beschränken, falls sich der Vertragsgegenstand im Bauabschnitt 1 befindet (Sanierunghaus 1, Errichtungshaus 2, Tiefgarage)*

*2. auf Gebäude und Anlagen des Bauabschnitts 2 und zusätzlich auf die Errichtung der Tiefgarage und der Außenanlage, die innerhalb des Bauabschnitts 1 errichtet werden, beschränkt, falls sich der Vertragsgegenstand im Bauabschnitt 2 befindet (Haus 3 und Haus 4).*

## Worst case

Der Bauträger erhält bis zur bezugsfertigen Fertigstellung nur die 1. Kaufpreisrate (30 %).

Alle anderen Raten erhält er erst mit bezugsfertiger Fertigstellung des Gesamtobjekts.

Exkurs: Fertigstellungsrate->

Die Schlussrate im Rahmen eines Bauträgervertrages darf vom Bauträger gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 MaBV erst nach vollständiger Fertigstellung entgegengenommen werden. Eine vollständige Fertigstellung liegt erst dann vor, wenn alle Protokollmängel (aus der rechtsgeschäftlichen Abnahme) beseitigt sind (vgl. KG Berlin, Urteil vom 26. Februar 2019 – 27 U 9/18 –, juris; OLG Nürnberg Urteil v. 20.09.2020 2 U 3710/19; 12 O 216/19 LG Regensburg)

## A.) I.) 2.) „BHKV <-> gasbetriebene Heizzentrale“

Bauträger veräußert Wohnungen der von ihm errichteten Wohnanlage. In der Baubeschreibung heißt es die Wärmeversorgung erfolgt über eine gasbetriebene Heizzentrale.

Die Erwerber bemängeln, dass die Wohnanlage nicht über eine Gasheizung versorgt wird, sondern über einen BHKW. Als Nebenprodukt fällt Strom an, welches die WEG einspeisen kann. Die WEG will sich mit den steuerlichen Problemen nicht auseinandersetzen und nicht Stromlieferant werden.

Anders 13 U 894/22, Verfügung v. 26.10.2023; OLG Nürnberg; 3 O 6940/15 LG Nürnberg-Fürth; auch ein BHKW würde gasbetrieben.

## A.) I.) 3.) Altlastenverdacht als Mangel

### BGH Urteil vom 11.11.2022 - V ZR 213/21

#### **Sachverhalt:**

Ein Bauträger hat während der Errichtung einer Wohnungseigentumsanlage auf dem Grundstück eine Kiesgrube entdeckt und Untersuchungsmaßnahmen vornehmen lassen, die eine Belastung des Bodens bestätigt haben. Vor und nach der Entdeckung hat er Wohnungseigentum verkauft, unter Ausschluss der Gewährleistung auch im Hinblick möglicher Altlasten.



## Rechtsprechung

Auffinden einer Kiesgrube begründet für sich allein bereits einen Altlastenverdacht. Der Altlastenverdacht stellt einen Mangel schon deshalb dar, weil das Risiko der öffentlich-rechtlichen Inanspruchnahme und eine mit dem Altlastenverdacht verbundene Wertminderung nicht die übliche Beschaffenheit im Sinne von § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB a.F. darstellt.

Allerdings: Nacherfüllungsanspruch zunächst nur auf die Ausräumung des Verdachts durch Aufklärungsmaßnahmen.

Der Haftungsausschluss im Hinblick auf den Altlastenverdacht greift nicht, **§ 444 BGB**. Der Altlastenverdacht ist eine offenbarungspflichtige Tatsache, bzw. das Verschweigen arglistig. Der Bauträger handelt gegenüber den Käufern, die im Zeitpunkt nach Kenntnis des Bauträgers von der Existenz der Kiesgrube gekauft haben, arglistig.

Auch der Hinweis im Kaufvertrag über die Existenz einer Kiesgrube oder die Altlastenauskunft des RGU enthaftet den Bauträger nicht. Der Bauträger habe bagatellisiert und nicht aufgeklärt.



## Weitere Klarstellungen

Der Bundesgerichtshof hat für das WEG-Recht klargestellt, dass die auf Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum gerichteten Rechte der Erwerber von Wohnungseigentum (hier: Nachbesserung nach § 439 Abs. 1 BGB) nicht der Ausübungsbefugnis gemäß § 9a Abs. 2 WEG unterfallen.

Dies bedeutet, dass die Wohnungseigentümergeinschaft weiterhin diese Rechte durch Mehrheitsbeschluss zur alleinigen Durchsetzung an sich ziehen muss. Die Kompetenz für einen solchen Beschluss folgt aus § 18 Abs. 1, § 19 Abs. 2 Nr. 2 WEG.

Der BGH stellt klar, dass der Nacherfüllungsanspruch eines Käufers nicht auf die Quote des Miteigentumsanteils reduziert werden kann. Der Käufer eines Bauträgers kann die volle Nacherfüllung verlangen.

## A.) II.) Verkauf Immobilie im Bestand

### Die Bezeichnung "Wohnung" ist keine Beschaffenheitsgarantie

OLG Frankfurt, Zurückweisungsbeschluss vom 31.10.2023, 6 U 210/22

#### Sachverhalt:

Eine Bestands„wohnung“ wurde mit Gewährleistungs- und Haftungsausschluss veräußert, „wie es steht und liegt unter Ausschluss jeglicher Sachmängelhaftung.“ Es war vereinbart, frei von Rechtsmängeln zu übergeben. Nach Übereignung der „Wohnung“ stellte sich heraus, dass eine entsprechende Baugenehmigung nicht erteilt war. Eine „Umnutzungserlaubnis“ erteilte die zuständige Behörde nicht. Der Käufer erklärte den Rücktritt und verlangte die Rückzahlung des Kaufpreises.

## Rechtsprechung

Eine Beschaffenheitsvereinbarung des Kaufgegenstands als „Wohnung“ liege nicht vor, die dem Gewährleistungsausschluss vorgehe (Garantie).

Es könne nicht angenommen werden, dass der Verkäufer mit der Bezeichnung „Wohnung“ eine vorbehaltlose, verschuldensunabhängige und intensiviert Estandspflicht für die baurechtliche Unbedenklichkeit der Wohnung habe übernehmen wollen. Die Verwendung der Bezeichnung "Wohnung" beschreibe nur den tatsächlichen Zustand der Wohnung als solche, nämlich die, tatsächliche Verwendung und die - tatsächlich - vergangene Nutzung zu Wohnzwecken. Verkauft wurde eine "Wohnung" ohne Übernahme einer Gewähr dafür, dass für die entsprechende Nutzung eine Baugenehmigung besteht.

## Anmerkung

Dem gesamten Veräußerungsvertrag fällt die Geschäftsgrundlage weg, wenn beide Parteien bei Abschluss des Kaufvertrages davon ausgingen, dass die Wohnung auch als "Wohnung" genehmigt ist.

Eine fehlende Baugenehmigung stellt einen Sachmangel dar (BGH 12.04.2013, V ZR 266/11).

Der Haftungsausschluss müsste nach § 444 BGB deshalb unwirksam sein, weil die Begrifflichkeit "Wohnung" für beide Parteien wesentliche Grundlage für den Vertrag ist.

## A.) III.) Keine Reservierungsgebühr für den Makler

**BGH Urteil vom 20.04.2023 – I ZR 113/22**

### **Sachverhalt:**

Die Kläger beabsichtigten ein Grundstück mit Einfamilienhaus zu erwerben, welches vom Beklagten als Immobilienmakler nachgewiesen worden war. Im Nachgang zum Maklervertrag schlossen die Kläger und der Beklagte einen Reservierungsvertrag, in welchem sich der Beklagte verpflichtete, das Grundstück gegen Zahlung einer Reservierungsgebühr bis zu einem gewissen Datum für die Kläger zu reservieren. Die Kläger überlegten es sich anders und kauften das Objekt nicht und verlangten die Reservierungsgebühr zurück.

## Rechtsprechung

Es liegt eine ergänzende Regelung zum Maklervertrag vor. Auch benachteiligt der Reservierungsvertrag den Maklerkunden im Sinne von § 307 Abs. 1 S. 1 Abs. 2 Nr. 1 BGB unangemessen und ist unwirksam. Es liege eine Vereinbarung vor, die eine erfolgsunabhängige Provision vorsehe. Dies widerspreche dem Leitbild der gesetzlichen Regelung des Maklervertrages, wonach eine Provision nur geschuldet ist, wenn die Maklertätigkeit zum Erfolg geführt hat. Nach der Regelung ist die Rückzahlung der Reservierungsgebühr ausnahmslos ausgeschlossen. Für den Reservierungsvertrag kommt dem Kunden kein nennenswerter Vorteil zu, noch ist vom Immobilienmakler eine geldwerte Gegenleistung zu erbringen.

## Hinweis

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob eine Reservierung, die nicht notariell beurkundet ist, verbindlich wäre (§ 311b Abs. 1 S. 1 BGB, § 125 S. 1 BGB). Denn jedenfalls ist höchstrichterlich geklärt, dass Preiserhöhungen bis zum Notartermin und Abschluss des Kaufvertrages möglich sind. Ein Verkäufer muss nicht die Kosten für eine Rückabwicklung des Finanzierungsvertrag des potentiellen Käufers übernehmen, wenn der Kaufvertrag aufgrund Preiserhöhung platzt (BGH Urteil vom 13.10.2017-V ZR 11/17).

Folge→ entscheidet sich der Verkäufer am Tag der Beurkundung, den Kaufvertrag nicht abzuschließen oder mit anderen Konditionen, dann hat der Käufer keinerlei Handhabe.

## **B.) Prüfungs- und Hinweispflicht des Architekten bei Anordnungen in Abweichung zur Planung**

**Beschluss des OLG Nürnberg vom 13.11.2023, Az. 6 U 413/23,  
Landgericht Regensburg, Az. 13 O 1211/17**

### **Sachverhalt:**

Das OLG Nürnberg hat ein Urteil über eine Kostenvorschussklage von Bauherren gegenüber dem Architekten wegen Mängel am Bauwerk zur Überprüfung vorgelegt bekommen.

In der zweiten Instanz war über folgendes Berufungsvorbringen zu entscheiden. Der Architekt haftete nicht, weil die Bauherren mittels Anordnungen eine Ausführung durchgesetzt haben, die zu Mängeln am Bauwerk geführt hätten.



## Konkret

Problem Terrassenentwässerung,

- fehlenden Gefälle,
- fehlenden Entwässerungsrinnen mit Gitterrostabdeckung an den Terrassenfenstern (DIN 18195 Flachdachrichtlinie)
- fehlende Blechabdeckung am Sockelputz
- Hinweis auf mögliche Wasserschäden insbesondere „bei Wind“ erfolgt.

Aber Gespräche über speziellen Sockelputz und Anbringung einer Dichtschlämme



## Rechtsprechung

Laut OLG erwecke er damit aber den Eindruck, dass diese Vorgehensweise ordnungsgemäß sei. Damit liege keine unmissverständliche Bedenkenanmeldung vor. Die Hinweise des Architekten müssen jedoch in der gebotenen Klarheit erfolgen; darüber, welche die „sichere Variante“ ist, ist unmissverständlich aufzuklären (Werner/Pastor, der Bauprozess, 18. Aufl. 2023, Rn. 1991 F.).



## Ergebnis

Die Erfahrung zeigt, dass ein Unternehmer/Architekt sich in den seltensten Fällen durch Bedenkenanmeldung enthaften kann, wenn das Gewerk, welches den planerischen Erfolg darstellt, mangelhaft ausgeführt worden ist. Der Umfang einer solchen Hinweispflicht wird allgemein unterschätzt. Ohne eine ausreichende schriftliche Ausführung wird eine Enthaftung nicht gelingen.

## C.) WEG-Recht, Der Pool in Deinem Garten

**BGH, Urteil vom 17.03.2023**

**V ZR 140/22**

### **Sachverhalt:**

Die Wohnungseigentümerin einer Haushälfte in dem ihr als Sondernutzungsrecht zustehenden Gartenteil hat mit dem Bau eines Swimmingpools begonnen ohne die „Nachbarin“ (= Eigentümerin des Miteigentumsanteils) der andere Haushälfte zu fragen.

Die Klägerin hat als Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft Unterlassungsklage, gestützt auf § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB, § 20 Abs. 1 WEG erhoben.

## Rechtsprechung

Die Klägerin hat in allen Instanzen Recht bekommen.

Gemäß § 20 Abs. 1 WEG besteht für Umbaumaßnahmen ein unbedingtes Beschlusserfordernis. Keine Abbedingung gemäß § 10 Abs. 1 S. 2 WEG durch Zuweisung als Sondernutzungsrecht:

Die Zuweisung eines Sondernutzungsrechts an dem hälftigen Grundstück berechtigt nicht zu grundlegenden Umgestaltungen der jeweiligen Sondernutzungsfläche. In der Teilungserklärung seien auch nicht Vereinbarungen getroffen, die vom grundsätzlichen Beschlusserfordernis bei baulichen Veränderungen abweichen.

## D.) Mietrecht, „fiktive“ Schadensbemessung im Mietrecht

**BGH, Urteil vom 19.04.2023 - VIII ZR 280/21**

### **Sachverhalt:**

Kann die Schadensbemessung bei nicht vertragsgemäßer Rückgabe der Mietwohnung, danach erfolgen, dass man den Schaden anhand der voraussichtlich aufzuwendenden Kosten zur Schadensbeseitigung ermittelt.

Nicht ausgeführt waren die vertraglich geschuldeten Schönheitsreparaturen.

Die Wohnung war überdies beschädigt. nicht durch.

Der Vermieter bezifferte die Schadensersatzforderungen gegenüber dem Mieter anhand von Kostenvoranschlägen zur Beseitigung dieser Mängel/Schäden.

## Rechtsprechung

In I. und II. Instanz unterlag der Vermieter. Ein Anspruch auf Kostenvorschuss stünde ihm nicht zu, weil anders als im Werkvertragsrecht (§ 637 Abs. 3 BGB) hierfür eine Anspruchsgrundlage nicht gegeben sei. Für selbst durchgeführte Arbeiten könne kein Schadenersatzanspruch durchgesetzt werden, weil insoweit eine fiktive Schadensberechnung zur Bezifferung nicht mehr zulässig sei.

BGH:

Sowohl der Anspruch aufgrund nicht ausgeführter Schönheitsreparaturen und Rückbauten (§ 280 Abs. 1, 3, § 281 Abs. 1 S. 1 BGB), als auch für den Austausch beschädigter Wandfliesen und Malerarbeiten im Treppenhaus aufgrund Beschädigung (§ 280 Abs. 1 BGB, § 823 Abs. 1 BGB) kann der Vermieter seinen Schaden nach dem Ende des Mietverhältnisses anhand der hierfür jeweils erforderlichen, aber noch nicht aufgewendeten (fiktiven) Kosten bemessen.



# Aktuelle Rechtsprechung zum Vergaberecht

Referent:  
RA Thilo Meder



## 1.) Nachunternehmerpreise sind aufzugliedern – Nachforderung ausgeschlossen!

**VK Bund, Beschluss vom 19.10.2023, VK 2 – 78 / 23**

### **Sachverhalt:**

Der Auftraggeber fordert den Bieter unter Fristsetzung auf, seine Einheitspreise mit dem den Vergabeunterlagen beigefügten Formblatt 223 aufzugliedern.

Das Formblatt enthält u. a. eine Fußnote, die für die Spalten Zeitansatz, Lohn, Material, Geräte und sonstige Kosten vorgibt:

*"Ist bei allen Teilleistungen anzugeben, unabhängig davon, ob sie der Auftragnehmer oder ein Nachunternehmer erbringen wird."*

Der Bieter gliedert die Preise der Nachunternehmerleistungen nicht in Teilkosten auf, sondern füllt nur die Spalte "Stoffe" aus, indem er dort den jeweils angebotenen Einheitspreis wiederholt.

Der AG schließt das Angebot des B mit der Begründung aus, dass ihm eine Prüfung der Preise ohne Angaben zu den Teilkosten nicht möglich sei.



## 1.) Nachunternehmerpreise sind aufzugliedern – Nachforderung ausgeschlossen!

### § 16 EU Nr. 4 S. 1 VOB/A:

Auszuschließen sind

Angebote, bei denen der Bieter Erklärungen oder Nachweise, deren Vorlage sich der öffentliche Auftraggeber vorbehalten hat, auf Anforderung nicht innerhalb einer angemessenen, nach dem Kalender bestimmten Frist vorgelegt hat.

## 1.) Nachunternehmerpreise sind aufzugliedern – Nachforderung ausgeschlossen!

**VK Bund, Beschluss vom 19.10.2023, VK 2 – 78 / 23**

### **Entscheidung:**

Der öffentliche Auftraggeber kann sich in der Aufforderung zur Angebotsabgabe die Anforderung des Formblatts 223 nach Angebotsabgabe vorbehalten.

Dass eine Aufgliederung der Einheitspreise **auch für Nachunternehmerleistungen** vorgesehen ist, macht die Anforderung **nicht unverhältnismäßig**. Es ist grundsätzlich zumutbar, auch solche Leistungspositionen aufzuschlüsseln.

Wird ein nachgefordertes Formblatt in weiten Teilen nicht (oder nicht vollständig) ausgefüllt, **fehlen die geforderten Angaben bzw. Erklärungen**.

Eine **weitere Nachforderung** ist **nicht möglich**.

Die Möglichkeit der **Nachforderung** besteht **nur in Bezug auf Unterlagen, die bereits mit dem Angebot einzureichen sind**.

## 2.) Formblatt 213 bei der E-Vergabe?

**213.H**  
(Angebotsschreiben – Einheitliche Fassung)

Name und Anschrift des Bieters <small>(Firmenname lt. Handelsregister)</small>	Ort:
	Datum:
	Tel.:
	Fax:
	e-mail:
	USt.-ID-Nr.:
	HR-Nr.:
	Registergericht:
	BImA-Nummer:

  

(Name und Anschrift der Vergabestelle)

---

**Angebotsschreiben**

Bezeichnung der Bauleistung:

Maßnahmennummer      Baumaßnahme

Vergabenummer      Leistung

**Anlagen<sup>2</sup>, die Vertragsbestandteil werden**

- Leistungsverzeichnis/Leistungsprogramm (Kurz- oder Langfassung) mit den Preisen sowie den geforderten Angaben und Erklärungen
- Vertragsformular für Instandhaltung mit den Preisen sowie den geforderten Angaben und Erklärungen
- 224 Lohngleitklausel - Berechnung des Änderungssatzes
- 233 Nachunternehmerleistungen
- 234 Bieter-/Arbeitsgemeinschaft
- 235 Verzeichnis der Leistungen/Kapazitäten anderer Unternehmen
- Nebenangebot(e)
- 248 Erklärung zur Verwendung von Holzprodukten
- 2481 Erklärung zur Lieferung und Verwendung von gebietseigenen Pflanzen
- 2491 Erklärung zur Vermeidung des Erwerbs von Produkten aus ausbeuterischer Kinderarbeit
- 
- 

**Anlagen<sup>2</sup>, die der Angebotserläuterung dienen, ohne Vertragsbestandteil zu werden**

- 124 Eigenerklärung zur Eignung
- Einheitliche Europäische Eigenerklärung
- 127 Erklärung Bezug Russland

5

Prüfung
Erstellung
Übersicht
Signierung
Authentifizierung
Abgabe
Fertig

Das Angebot jetzt im Namen des folgenden Unternehmens versenden:

Buddel Tief GmbH

(Registrierungs-Nr. VMP: CX1004)

Ihre Zugangsdaten zum Vergabemarktplatz

E-Mail Adresse:

Passwort:

1

2

## 2.) Formblatt 213 bei der E-Vergabe?

### **§ 53 Abs. 1 VgV, § 11 EU Abs. 4 VOB/A:**

Die Unternehmen übermitteln Ihre Angebote, Teilnahmeanträge, Interessensbekundungen und Interessensbestätigungen in Textform nach § 126b BGB mithilfe elektronischer Mittel.

### **§ 126b S. 1 BGB:**

Ist durch Gesetz Textform vorgeschrieben, so muss eine lesbare Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt ist, auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben werden.

## 2.) Formblatt 213 bei der E-Vergabe?

**Ausgangspunkt:**

**OLG Karlsruhe, Beschluss vom 19.02.2020 – 15 Verg 1/20**

Die Textform i.S.d. § 126b BGB verlangt, dass die **Person des Erklärenden genannt und der Abschluss der Erklärung durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders erkennbar gemacht werden** (dort Name der natürlichen Person).

Der Angebotsentwurf ist von der rechtlichen Bindung abzugrenzen.

Das **Hochladen** der Daten über die Vergabepattform stellt **nicht** sicher, dass der Bieter zweifelsfrei und deutlich zu erkennen gibt, **dass** der gesamte **Angebotsinhalt** einschl. beigefügter Erklärungen **von ihm stammen und rechtsverbindlich erklärt** werden.

Das FB 213 bildet den **Kernbestandteil des Angebots selbst**. Ein fehlendes oder unzureichendes Angebotsschreiben führt zum **Ausschluss**.

## 2.) Formblatt 213 bei der E-Vergabe?

### VK Nordbayern, Beschluss vom 16.02.2022 - RMF-SG21-3194-7-1

Für den Rechtsverkehr ist entscheidend, dass die **Identität des Vertragspartners erkennbar** ist. Maßgeblich ist hierbei der **objektive Empfängerhorizont** aus Sicht eines mit den Umständen des Einzelfalls vertrauten Dritten in der Lage der Vergabestelle.

Hat ein Bieter weder in dem hierfür auf Seite 1 des Formblatts L 213 vorgesehenen Adressfeld noch an anderer Stelle im Angebotsschreiben seinen Namen und Anschrift benannt, hat er **nicht deutlich und zweifelsfrei zu erkennen gegeben, ob das Angebot überhaupt von ihm stammt und von ihm rechtsverbindlich erklärt wird.**

Wurde in einem anderen Textfeld des Formblatts L 213 **Telefon- und Faxnummer, Umsatzsteuer- und Handelsregisternummer sowie eine E-Mail-Adresse genannt, genügt dies allein nicht, um zweifelsfrei als Bieter identifiziert zu werden.**

Der Auftraggeber ist **nicht dazu verpflichtet** - auch bei geringem Aufwand - **den Bieter** erst anhand bestimmter Angaben **selbst zu recherchieren.**

## 2.) Formblatt 213 bei der E-Vergabe?

**VK Sachsen, Beschluss vom 13.03.2023 - 1/SVK/034-22**

### **Sachverhalt:**

Der Bieter lässt auf Seite 1 des Formblattes das Adressfeld "Name und Anschrift des Bieters" frei. Zudem lädt er versehentlich die Seite 3 des Formblatts nicht mit auf das Vergabeportal hoch. Auf Seite 3 finden sich zahlreiche vorformulierte Erklärungen, wie z. B., dass die vom AG verfasste LV-Langfassung als alleinverbindlich gilt. Außerdem endet das Formular auf Seite 3 mit der "Unterschriftenzeile". Der AG schließt das Angebot als nicht formgerecht von der Wertung aus.



## 2.) Formblatt 213 bei der E-Vergabe?

### VK Sachsen, Beschluss vom 13.03.2023 - 1/SVK/034-22

#### Entscheidung:

Hat ein Bieter im Adressfeld "Name und Anschrift des Bieters" des Formblatts 213 (Angebotsschreiben - Einheitliche Fassung) keine Eintragungen vorgenommen, sind aber an **anderen Stellen** im Angebotsschreiben (**Firmen-)Name, Telefon- und Faxnummer, Umsatzsteuer- und Handelsregisternummer, Ort, E-Mail-Adresse sowie Präqualifikationsnummer** genannt, ist erkennbar, welcher Bieter das Angebot übermittelt hat.

Ist durch Gesetz **Textform** vorgeschrieben, so muss gem. § 126b BGB eine lesbare Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt ist, auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben werden. **Nicht erforderlich ist dabei, dass die Erklärung durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders einen Abschluss erhält**, da diese Forderung im Tatbestand des § 126b BGB mit Novellierung der Norm 2014 aufgegeben wurde.

Bei der **E-Vergabe** wird die **Rechtsverbindlichkeit** einer Willenserklärung resp. der Angebotsabgabe hinreichend **durch das Hochladen der Angebotsunterlagen** in ihrer Gesamtheit auf der Angebotsplattform zum Ausdruck gebracht.

## 2.) Formblatt 213 bei der E-Vergabe?

**VK Sachsen, Beschluss vom 13.03.2023 - 1/SVK/034-22**

**Entscheidung:**

Die dritte Seite des Formblattes 213 enthält **keine Kernbestandteile** eines Angebots. Elementare, dem Kernbereich zuzuordnende Angebotsbestandteile sind lediglich **solche Bestandteile, die primäre Leistungspflichten betreffen**, ohne die ein Angebot nahezu **inhaltsleer** wäre, **oder** deren Möglichkeit zur Nachreichung gleichzeitig das Tor für **Wettbewerbsverzerrungen oder Manipulationsmöglichkeiten** öffnen würde.

**Kernbestandteile** eines Angebots sind bspw. Fabrikatsangaben, kalkulatorische Erläuterungen, Mengen- und Preisangaben oder Wartungskarten.

Die Auftraggeberin wäre gehalten gewesen, dieses Formblatt **nachzufordern**.

## 2.) Formblatt 213 bei der E-Vergabe?

### OLG Rostock, Beschluss vom 01.02.2023 - 17 Verg 3/22

#### Sachverhalt:

Das Formblatt „Angebotsschreiben“ wird nicht eingereicht. Das Angebot enthält im Übrigen alle geforderten Unterlagen.

#### Entscheidung:

Ob und mit welchem Inhalt eine **rechtsverbindliche Erklärung** vorliegt, ist nach den §§ 133, 157 BGB nach dem **Horizont einer verständigen Vergabestelle** zu beurteilen.

Am **Rechtsbindungswillen** des Bieters bestehen keine Zweifel, da das Angebot alle Unterlagen der Ausschreibung enthielt und durch ein schlichtes „ja“ des Auftraggebers ein Vertrag zustande gekommen wäre.

Ein **Ausschluss** nach § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV kommt **nicht in Betracht**.

Dieser bezieht sich ausschließlich auf § 53 VgV und gibt die Angebotsabgabe in **Textform nach § 126 b BGB** mithilfe elektronischer Mittel vor (= lesbare Erklärung auf einem Datenträger).

Nicht von § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV erfasst wird die Verwendung bestimmter Formblätter, hier des „Angebotsschreibens“.

## 2.) Formblatt 213 bei der E-Vergabe?

### **OLG Rostock, Beschluss vom 01.02.2023 - 17 Verg 3/22**

Auch ein Ausschluss nach **§ 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV** aufgrund fehlender Unterlagen kommt **nicht** in Betracht.

Fehlende Unterlagen können nach § 56 Abs. 2 VgV vom Auftraggeber nach seinem Ermessen **nachgefordert** werden.

Die Unzulässigkeit einer Nachforderung ergibt sich **auch nicht aus § 56 Abs. 3 VgV**, weil das Formblatt „Angebotsschreiben“ **keine auf den Preis bezogene Unterlage** ist und damit die **Wertung anhand der Zuschlagskriterien nicht beeinflussen** kann.

Teile des Angebotsschreibens sind zwar leistungsbezogen und zum Teil auch grundsätzlich für die Wirtschaftlichkeitsbewertung relevant.

Allerdings wird durch eine **Nachreichung die Wirtschaftlichkeitsbewertung nicht berührt, sodass ein unberechtigter Wettbewerbsvorteil nicht droht.**

## 2.) Formblatt 213 bei der E-Vergabe?

**VK Westfalen, Beschluss vom 07.08.2023 VK 1-22/23**

### **Sachverhalt:**

Der Bieter lädt nicht das Formblatt 213 EU, sondern **nur ein Leistungsverzeichnis und ein Preisblatt** hoch. Auf Seite 1 des Leistungsverzeichnisses ist der **Briefkopf des Bieters** abgedruckt, der die allgemeinen Erreichbarkeiten des Unternehmens enthält. Weiterhin ist als **Ansprechpartner** auf jeder Seite des Leistungsverzeichnisses der **Geschäftsführer des Bieters benannt**. Im Übrigen bepreist der Bieter die geforderten Leistungen.

Nach dem **Hinweis "Das Original-LV wird anerkannt!"** endet das Leistungsverzeichnis mit der Wort- und Bildmarke des Bieters. Der AG schließt das Angebot mit der Begründung aus, dass das Angebot nicht in der vorgesehenen Form eingereicht wurde.

## 2.) Formblatt 213 bei der E-Vergabe?

### VK Westfalen, Beschluss vom 07.08.2023 VK 1-22/23

#### Entscheidung:

Ein Angebot in Textform setzt voraus, dass die Person des Erklärenden erkennbar und die Erklärung abgeschlossen ist.

Für die Erkennbarkeit ist es **gleichgültig, wo** der **Name des Erklärenden** genannt wird. Neben der Nennung in einer Faksimile-Unterschrift ist es ebenso ausreichend, wenn sich die Erklärung aufgrund des (Brief-)Kopfes oder wegen ihres Inhalts einem konkreten Erklärenden zurechnen lässt.

**Bereits** das **Leistungsverzeichnis** enthält damit eine **abgeschlossene Erklärung mit Bezug zum Erklärenden**.

Darüber hinaus wird auch durch die **Abgabebestätigung auf der Vergabepattform** die in Bezug auf die Textform geforderte **Zuordnung zum Bieter ermöglicht und mittelbar auch der Bindungswillen** an die Angaben aus dem Leistungsverzeichnis **erklärt**.

## 2.) Formblatt 213 bei der E-Vergabe?

### **Zusammenfassung der neuen Rechtsprechung:**

- FB 213 enthält keine Kernbestandteile des Angebots
- Die Erkennbarkeit des Bieters ist anhand der Gesamtumstände des Einzelfalls zu beurteilen, entscheidend ist mitunter die Angebotsabgabe über die Vergabepattform
- Das FB 213 ist nachzufordern, da die Wirtschaftlichkeitsbewertung nicht berührt wird und ein Wettbewerbsvorteil nicht droht.

### **Hinweis:**

**Rechtslage in Bayern weiterhin unklar!**



### 3.) E-Vergabe – Die Datei im richtigen Format

**BGH, Urteil vom 16.05.2023 - XIII ZR 14/21**

**Sachverhalt:**

Der Auftraggeber hat die elektronische Übermittlung der Angebote vorgegeben. Zugleich hatte er **in den Vergabeunterlagen bestimmt, dass** Teile des Angebots als **GAEB-Datei einzureichen** waren, und den Bietern eine Lizenz des entsprechenden Softwareprogramms zur Verfügung gestellt.

Der Bieter mit dem günstigsten Angebot, wurde ausgeschlossen, weil er sein Angebot zwar elektronisch, aber als PDF-Datei übermittelt wurde.



### 3.) E-Vergabe – Die Datei im richtigen Format

#### § 16 EU Nr. 2 VOB/A:

Auszuschließen sind Angebote, die den Bestimmungen des § 13 EU Absatz 1 Nummer 1, 2 und 5 nicht entsprechen.

#### § 13 EU Abs. 1 Nr. 1 S. 1 VOB/A:

Der öffentliche Auftraggeber legt unter Berücksichtigung von § 11 EU fest, in welcher **Form** die Angebote einzureichen sind.

#### § 11 Abs. 1 EU VOB/A:

Für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren verwenden der öffentliche Auftraggeber und die Unternehmen grundsätzlich Geräte und Programme für die elektronische Datenübermittlung (**elektronische Mittel**).

### 3.) E-Vergabe – Die Datei im richtigen Format

#### **BGH, Urteil vom 16.05.2023 - XIII ZR 14/21**

##### **Entscheidung:**

Der Auftraggeber **kann** gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 VOB/A 2016 **festlegen, welche elektronischen Mittel** (§§ 11, 11a VOB/A) bei der Einreichung von elektronischen Angeboten zu verwenden sind.

Der in § 13 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 VOB/A verwendete Begriff der "**Form**" lässt nach seinem Wortlaut die Auslegung dahin zu, dass die Form eines Angebots auch die bei seiner Einreichung zu verwendenden **elektronischen Mittel umfasst**.

Schon nach dem **Wortlaut** umfasst der Begriff der **elektronischen Mittel** auch **Softwareprogramme**, die der elektronischen Datenübermittlung dienen.

Da der Auftraggeber das Recht hat, die bei der Einreichung der Angebote zu verwendenden elektronischen Mittel zu bestimmen, kann er **auch** die Verwendung der dafür erforderlichen **Dateiformate** vorgeben.

##### **Ergebnis:**

Das **Angebot ist auszuschließen**. Eine **Nachforderung** findet **nicht** statt, da das Angebot nicht der vorgegebenen Form entspricht.

## 4.) Leitfabrikat / oder gleichwertig:

### VK Bund Beschluss vom 16.05.2023; VK 2-28/23

#### Sachverhalt:

Der Auftraggeber schreibt den Ersatzneubau einer Brücke europaweit aus. Das Leistungsverzeichnis führt insoweit in den Positionen 9.3.60 und 9.3.70 jeweils einen bestimmten Brückentyp als Leitfabrikat auf, ergänzt um den Zusatz "oder gleichwertig".

Das Angebot des Bestbieters führt zu den Positionen 9.3.60 und 9.3.70 das Leitfabrikat auf, jeweils ergänzt um den Zusatz "o. glw.“.

Der AG möchte den Zuschlag an den Bestbieter erteilen. Der Zweitplatzierte zieht vor die Vergabekammer.



## 4.) Leitfabrikat / oder gleichwertig:

### § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A:

Das Angebot ist auf der Grundlage der Vergabeunterlagen zu erstellen. Änderungen an den Vergabeunterlagen sind unzulässig. **Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen müssen zweifelsfrei sein.**

## 4.) Leitfabrikat / oder gleichwertig:

### VK Bund Beschluss vom 16.05.2023; VK 2-28/23

#### Entscheidung:

Das **Angebot ist unbestimmt** und kommt daher nicht für einen Zuschlag in Betracht.

§ 13 EU Abs. 1 Nr. 5 VOB/A bestimmt, dass Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen zweifelsfrei sein müssen. Dieser Regelung ist im Sinne eines **Erst-recht-Schlusses** der allgemeinere Grundsatz zu entnehmen, dass **Angebote bereits von Beginn an** - ohne dass es auf das Vorliegen einer nachträglichen Änderung ankäme - **zweifelsfrei** sein müssen.

Unklare Angebote ermöglichen **keinen Vergleich der Angebote** und damit keine gleiche Behandlung der Bieter untereinander, eröffnen die Möglichkeit der Manipulation und bieten dem Auftraggeber keine Gewissheit, welche Leistung er vom Bieter beanspruchen kann.

Im Zuschlagsfall könnte der Bieter entweder das Leitfabrikat gemäß Leistungsverzeichnis verwenden oder ein anderes bislang nicht namentlich genanntes anderes Produkt, das aus Sicht des Bieters gleichwertig zum Leitfabrikat sein soll.

Das **Angebot ist auszuschließen**. Auch eine Aufklärung ist unzulässig.

## 5.) Preiswertung und Leistungswettbewerb

### VK Südbayern, Beschluss vom 29.11.2022 - 3194.Z3-3\_01-22-39

Der Auftraggeber schreibt **Planungsleistungen** gemäß §§ 73 ff. VgV aus.

Die **Gewichtungen der Zuschlagskriterien** wird wie folgt angegeben:

Auftragsbezogenes Organisationskonzept: 5 %

Auftragsbezogene Qualifikation und Erfahrung der Projektmitarbeiter: 10 %

Auftragsbezogenes Konzept zum Ablauf der Planungsphase: 30 %

Auftragsbezogenes Konzept zum Ablauf der Baudurchführungsphase: 30 %

**Honorar: 25 %**

Zur **Bewertung des Honorars** wird Folgendes geregelt:

Das Honorar wird rechnerisch durch lineare Interpolation vom niedrigsten Angebot ausgehend bewertet.

**Fünf Punkte** erhält das **niedrigste Angebot**.

**Null Punkte** erhält ein Angebot, das **25 %** oder mehr über dem niedrigsten Angebot liegt.



## 5.) Preiswertung und Leistungswettbewerb

§ 76 Abs. 1 S. 1 VgV:

Architekten- und Ingenieurleistungen werden im **Leistungswettbewerb** vergeben.

## 5.) Preiswertung und Leistungswettbewerb

### VK Südbayern, Beschluss vom 29.11.2022 - 3194.Z3-3\_01-22-39

Die Wahl einer **Bewertungsmethode** des Preises, **bei der bereits relativ kleine Preisabstände zu großen Unterschieden in der Punktbewertung führen können** (0 Punkte für ein Angebot das 25% oder mehr über dem niedrigsten Angebot liegt), **kann** jedenfalls im Falle eines preislichen "Ausreißers nach unten" **mit dem Gebot des Leistungswettbewerbs nach § 76 Abs. 1 Satz 1 VgV unvereinbar sein**, da in diesem Fall der Wettbewerb nicht mehr anhand der Leistungsbewertung, sondern im Wesentlichen über den Preis entschieden wird.



## 6.) Vorsicht mit Preisumrechnungsformeln!

### VK Bund, Beschluss vom 25.09.2023 - VK 2-72/23

Die Auftraggeberin schreibt die **Lieferung und Montage** von Servertypen und passenden Serverschränken aus.

Die **Gewichtungen der Zuschlagskriterien** wird (je Servertyp) wie folgt angegeben:

30 Punkte: Anzahl der notwendigen Höheneinheiten im Rack

70 Punkte: Höhe des Preises

Das **Angebot mit** der geringsten Anzahl der Höheneinheiten bzw. **dem geringsten Preis** je Servertyp **bekommt** im entsprechenden Kriterium **die volle Punktzahl**. Das **Angebot mit** der höchsten Anzahl an Höheneinheiten bzw. **dem höchsten Preis bekommt** im entsprechenden Kriterium **0 Punkte**. Angebote mit Werten, die **dazwischen** liegen, werden entsprechende **linear bewertet**.



## 6.) Vorsicht mit Preisumrechnungsformeln!

### § 127 Abs. 1 GWB:

Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Grundlage dafür ist eine Bewertung des öffentlichen Auftraggebers, ob und inwieweit das Angebot die vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllt. **Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis.** Zu dessen Ermittlung können neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden.

## 6.) Vorsicht mit Preisumrechnungsformeln!

**VK Bund, Beschluss vom 25.09.2023 - VK 2-72/23**

**Eine Preisumrechnungsformel, bei der das Angebot mit dem höchsten Preis 0 Punkte erhält, ist vergaberechtswidrig.**

Bei dieser Wertungsmethode ist, generell nicht auszuschließen, dass das für die Zuschlagserteilung nach § 127 Abs. 1 S. 3 GWB maßgebende **beste Preis-Leistungs-Verhältnis nicht korrekt ermittelt werden kann**. Diese Methode ist im Ansatz problematisch, da auch **nur geringe Preis- bzw. Qualitätsunterschiede** zwischen den Konkurrenzangeboten **zu extremen und die Wirtschaftlichkeit der Angebote nicht wirklich widerspiegelnden Spreizungen** bei der Bewertung der Angebote führen können.

Der **relative Abstand der Angebote** untereinander wird mit dieser Methode **nicht erfasst**.

## 7.) Präqualifiziert ≠ geeignet

### VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 23.02.2023 - 1 VK 55/22

#### Sachverhalt:

Der Auftraggeber schreibt in einem europaweiten Verfahren die Errichtung eines Büro Neubaus in Holzhybridbauweise aus.

Ziffer III.1.3) der Auftragsbekanntmachung lautet auszugsweise wie folgt:

*Aktuelle **Referenzliste** über mindestens **drei Einzelleistungen** der letzten fünf Kalenderjahre, die mit der zu vergebenden Leistung **vergleichbar** sind.*

In Ziffer VI.3) der Auftragsbekanntmachung heißt es sodann auszugsweise:

*Präqualifizierte Unternehmen führen den Nachweis der Eignung durch den Eintrag in die Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen e. V. (Präqualifikationsverzeichnis).*

Im Rahmen des Angebots verweist der Bieter auf dessen Präqualifizierung unter Benennung der im Präqualifikationsverzeichnis eingetragenen PQ-Nummer.

Im Präqualifikationsverzeichnis waren für den Bieter **weniger als drei** mit der ausgeschriebenen Leistung **vergleichbare Referenzleistungen** aus den letzten fünf Kalenderjahren **hinterlegt**.

Der Auftraggeber schließt das Angebot des Bieters mit der Begründung aus, die Eignungsanforderungen seien nicht erfüllt.

## 7.) Präqualifiziert ≠ geeignet

**VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 23.02.2023 - 1 VK 55/22**

**Entscheidung:**

Die **Eintragung in ein Präqualifikationsverzeichnis befreit** den Bieter **nicht** vom **Nachweis der Erfüllung der Eignungskriterien**, sondern erleichtert lediglich die Nachweisführung.

**Der öffentliche Auftraggeber ist zur Prüfung der Eignung verpflichtet.**

Eine Referenzleistung muss im **technischen und organisatorischen Bereich** zumindest einen **gleich hohen Schwierigkeitsgrad** wie die ausgeschriebene Leistung aufweisen.

Nur dann kann ein tragfähiger **Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit** des Bieters für die ausgeschriebene Leistung gezogen werden.

Sofern die im Präqualifikationsverzeichnis hinterlegten Referenznachweise nicht mit dem ausgeschriebenen Auftrag vergleichbar sind, handelt es sich um **inhaltlich unzureichende Referenzen, die gemäß § 16a EU Abs. 1 S. 1 VOB/A nicht nachgefordert werden dürfen.**

## 8.) Wer sein Angebot nicht aktualisiert, riskiert den Ausschluss!

**VK Berlin, Beschluss vom 24.01.2023 - VK B 2-35/22**

### **Sachverhalt:**

Während der laufenden Angebotsfrist lädt der Auftraggeber ein sog. Änderungskpaket hoch, mit dem die Vergabeunterlagen um weitere, von den Bietern vorzulegende Unterlagen, ergänzt wurden.

Das Änderungskpaket beinhaltet auch ein von den Bietern auszufüllendes Formblatt über eine Stoffpreisgleitklausel. Die Vergabestelle stellte sowohl im Änderungskpaket als auch aufgrund einer Bieteranfrage klar, dass diese Unterlage für den Fall ihres Fehlens bei Angebotsabgabe nicht nachgefordert werde.

Der Bestbieter lädt ein veraltetes Angebot hoch und wird ausgeschlossen.

## 8.) Wer sein Angebot nicht aktualisiert, riskiert den Ausschluss!

VK Berlin, Beschluss vom 24.01.2023 - VK B 2-35/22

### Entscheidung:

**Auftraggeber sind** bei Wahrung der Verfahrensgrundsätze aus § 97 Abs. 1 und 2 GWB grundsätzlich **berechtigt**, die **Vergabeunterlagen nachträglich zu ändern**. Dies umfasst **auch** die nachträgliche **Vorgabe, dass bestimmte Unterlagen** (hier: Formblatt Stoffpreisgleitklausel) im Falle des Fehlens bei Angebotsabgabe **nicht nachgefordert werden** und das Angebot in diesem Fall auszuschließen ist.

Eine solche nachträgliche Vorgabe ist für den durchschnittlichen Bieter in Bezug auf ihre tatsächlichen wie rechtlichen Auswirkungen erkennbar.

Der **Angebotsausschluss** nach § 16 EU Nr. 3 VOB/A ist **zwingend**.

## 9.) Zuschlagskriterien bei vorbefasstem Bieter

**VK Bund, Beschluss vom 18.09.2023, VK 2-68/23**

### **Sachverhalt:**

Der Auftraggeber bindet ein Unternehmen in die Erstellung der Vergabeunterlagen ein und legt dem Vergabeverfahren sodann u.a. das folgende Zuschlagskriterium zugrunde:

*„1.3 Durchdringung des Projektinhaltes/Nennung eigener Lösungsansätze“*

Der unterlegene Bieter greift das Vergabeverfahren an und fordert den Ausschluss des Projektanten nach § 124 Abs. 1 Nr. 6 GWB.





## 9.) Zuschlagskriterien bei vorbefasstem Bieter

### § 124 Abs. 1 Nr. 6 GWB:

Öffentliche Auftraggeber **können** unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren **ausschließen, wenn** (...) eine **Wettbewerbsverzerrung** daraus resultiert, dass das Unternehmen bereits in die Vorbereitung des Vergabeverfahrens einbezogen war, **und** diese Wettbewerbsverzerrung **nicht** durch **andere, weniger einschneidende Maßnahmen** beseitigt werden kann.

## 9.) Zuschlagskriterien bei vorbefasstem Bieter

**VK Bund, Beschluss vom 18.09.2023, VK 2-68/23**

**Entscheidung:**

Gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 6 GWB kann ein öffentlicher Auftraggeber ein Unternehmen zwar von der Teilnahme am Vergabeverfahren **ausschließen, wenn** eine **Wettbewerbsverzerrung** daraus resultiert, dass das Unternehmen bereits in die Vorbereitung des Vergabeverfahrens einbezogen war.

Ein solcher Ausschluss setzt aber voraus, dass diese Wettbewerbsverzerrung nicht durch **andere, weniger einschneidende Maßnahmen** beseitigt werden kann.

Hat ein Unternehmen an der Erstellung der Vergabeunterlagen mitgewirkt, rechtfertigt dieser Umstand für sich genommen **nicht dessen Ausschluss vom Vergabeverfahren**; dies wäre **unverhältnismäßig**.

Die **Offenlegung der erstellten Unterlagen genügt nicht, um den vorab gewonnenen strukturellen Erkenntnisvorteil auszugleichen**.

Ein Ausgleich kann ausschließlich durch die **Streichung des Zuschlagskriteriums** erfolgen. Diese Maßnahme ist ein weniger einschneidendes Mittel als der Ausschluss des Angebots, der deshalb ausscheidet.

## 10.) Keine Rückforderung bei unklarem Zuwendungsbescheid

**VG Köln, Urteil vom 03.03.2023, 16 K 2955/20**

### **Sachverhalt:**

Nach Durchführung eines ersten Koordinierungsgesprächs übermittelt der Zuwendungsgeber dem späteren Zuwendungsempfänger Durchführungsverordnungen und Erlasse hinsichtlich der vergaberechtlichen Neuregelungen des sog. Konjunkturpakets II, darunter den **Präqualifizierungserlass** und den **Vergabebeschieleunigungserlass**. Der später ergangene **Bewilligungsbescheids samt ANBest-P verweist ausschließlich auf die Einhaltung der VOB/A 1. Abschnitt.**

Zur Angebotsabgabe wurden entgegen der Erlasse sowohl Unternehmen aus dem Präqualifizierungsverzeichnis als auch solche außerhalb des Verzeichnisses aufgefördert.

Beauftragt wurde ein nichtpräqualifiziertes Unternehmen.

Die Beklagte erlässt einen Rückforderungsbescheid gegen den Kläger.

## 10.) Keine Rückforderung bei unklarem Zuwendungsbescheid

**VG Köln, Urteil vom 03.03.2023, 16 K 2955/20**

### **Entscheidung:**

Der **Zuwendungsbescheid** enthält **keine Verpflichtung** des Klägers, die Vorgaben des Präqualifizierungserlasses zu beachten.

Eine solche Verpflichtung lässt sich auch **nicht im Wege der Auslegung** der Allgemeinen Nebenbestimmungen entnehmen. Die Regelungen des **Zuwendungsbescheids** unterliegen der **Auslegung aus Sicht eines objektiven Empfängers** entsprechend der §§ 133, 157 BGB.

**Bei der Auslegung der Regelungen des Zuwendungsbescheids gehen Unklarheiten zu Lasten der Erlassbehörde.**

Soweit in einem Zuwendungsbescheid Vorgaben zur Einhaltung vergaberechtlicher Bestimmungen getroffen werden, ist diesbezüglich ein **strenger Maßstab** anzulegen. Angesichts der Fülle der vergaberechtlichen Vorschriften, der vielfältigen Anwendungsprobleme selbst für öffentliche Vergabestellen sowie mangels einer bei Zuwendungsempfängern regelmäßig nicht gegebenen Vertrautheit mit den Vorgaben des Vergaberechts ist es für einen privatrechtlichen Zuwendungsempfänger von besonderer Bedeutung, dass er **eindeutig und unmissverständlich nachvollziehen** kann, ob und inwieweit er den Vorgaben des Vergaberechts unterworfen wird.

## 11.) Keine Informations- und Wartepflicht im Unterschwellenbereich

**OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.06.2023, 27 U 4/22**

### **Sachverhalt:**

Der Auftraggeber schreibt einen Rahmenvertrag für rechtsanwaltliche Beratungsleistungen im Bereich des Vergaberechts und des gewerblichen Mietrechts nach § 9 UVgO aus.

Nach Abgabe der Angebote bittet ein Bieter den Auftraggeber für den Fall, dass ein anderer Bieter für den Zuschlag vorgesehen wird, um Übersendung eines Schreibens nach § 134 GWB. Dem kommt der Auftraggeber nicht nach.

Auf Aufforderung des Bieters übersandte der Auftraggeber eine Absagemitteilung nach § 46 UVgO.

Der Bieter ist der Auffassung, die Verträge seien nach § 134 BGB nichtig, da der Auftraggeber es versäumt habe, sie über den beabsichtigten Zuschlag vorab zu informieren und ihr Gelegenheit zur Beantragung einer einstweiligen Verfügung zu geben.

Ein öffentlicher Auftraggeber sei auch bei Vergaben im Unterschwellenbereich dazu verpflichtet, vor der Vergabe von Aufträgen die Vorabinformations- und Wartepflichten nach § 134 GWB einzuhalten.

## 11.) Keine Informations- und Wartepflicht im Unterschwellenbereich

**OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.06.2023, 27 U 4/22**

### **Entscheidung:**

Die Informations- und Wartepflicht nach **§ 134 GWB erfasst keine Vergaben unterhalb der Schwellenwerte** (Aufgabe von Senatsbeschluss vom 13.12.2017 - 27 U 25/17, IBR 2018, 156). Die Vorschrift ist mangels planwidriger Regelungslücke auch nicht analog anwendbar.

Sofern weder ein grenzüberschreitendes Interesse noch eine landesgesetzliche Verpflichtung zur Mitteilung vor Zuschlagserteilung besteht, ist der Auftraggeber bei einer Unterschwellenvergabe nur zur nachgelagerten Unterrichtung über den bereits erfolgten Abschluss bzw. die Zuschlagserteilung verpflichtet.

(Nach Änderung der personellen Zusammensetzung des Senats, gibt dieser nunmehr dessen 2017 noch vertretene Auffassung zur Einhaltung einer Informations- und Wartepflicht im Unterschwellenbereich auf).

## 12.) Angebote mit negativen Einheitspreisen

### OLG Karlsruhe, Beschluss vom 18.08.2023 - 15 Verg 4/23

#### Sachverhalt:

Der Auftraggeber schreibt Bauleistungen aus. Gegenstand der Vergabeunterlagen sind die HVA B-StB EU-Teilnahmebedingungen 8-19, die u. a. vorgeben, dass Hauptangebote mit negativen Einheitspreisen von der Wertung ausgeschlossen werden, soweit negative Einheitspreise nicht ausdrücklich für bestimmte Positionen in der Leistungsbeschreibung zugelassen sind.

*„3.8 Hauptangebote mit negativen Einheitspreisen werden von der Wertung ausgeschlossen. Dies gilt nicht, soweit negative Einheitspreise ausdrücklich für bestimmte OZ (Positionen) in der Leistungsbeschreibung zugelassen sind.“*

Der Bieter mit dem wirtschaftlichsten setzt für die Leistungsposition 2.2.2, grobkörnigen Boden liefern, profilgerecht einbauen und verdichten, einen negativen Preis ein.

Der Auftraggeber schließt das Angebot mit der Begründung aus, dass es nicht zugelassene negative Einheitspreise enthält.

## 12.) Angebote mit negativen Einheitspreisen

**OLG Karlsruhe, Beschluss vom 18.08.2023 - 15 Verg 4/23**

**Entscheidung:**

Ein **Angebotsausschluss** gemäß §§ 16 EU Nr. 3, 13 EU Abs. 1 Nr. 3 VOB/A ist **nur dann möglich** und hat dann zu erfolgen, **wenn das Angebot nicht den geforderten Preis enthält.**

Der Ausschluss eines negativen Preises findet **keine Grundlage in § 16 EU VOB/A. Auch ein negativer Preis ist ein Preis**, der grundsätzlich zulässig ist.

Der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin ist nicht dadurch gerechtfertigt, dass der Antragsgegner in der Ausschreibung die HVA B-StB EU-Teilnahmebedingungen 8-19 zum Gegenstand der Vergabeunterlagen gemacht hat und damit bestimmt hat, dass Hauptangebote mit negativen Einheitspreisen von der Wertung ausgeschlossen werden.

Die **Vorgabe** des Antragsgegners, **dass keine negativen Preise angeboten werden dürfen, ist unwirksam.**

Das **Verbot**, Angebote mit **negativen Einheitspreisen** einzureichen, ist vergaberechtlich **unzulässig**. Die Kalkulationsfreiheit der Bieter wird dadurch unangemessen eingeschränkt.



**Zu den Anforderungen einer Rechnungsstellung nach Zeitaufwand**

**oder:**

**Was muss ein Auftragnehmer vortragen/vorlegen, wenn er geleistete Arbeiten nach Zeitaufwand abrechnen will?**

**Referent:**

**RA Prof. Dr. Bernhard Rauch**



Die Anforderungen sind unterschiedlich, je nachdem ob die VOB/B einschlägig ist und deren Geltung vereinbart wurde oder nicht.

Für Leistungen ausführender Unternehmer kann die VOB/B vereinbart werden, dann gelten § 2 Abs. 10 VOB/B, § 14 VOB/B und § 15 VOB/B

Für Leistungen ausführender Unternehmer, sofern die VOB/B nicht vereinbart wurde und für Leistungen aller Planer gilt (sofern nicht etwas Spezielles vereinbart wurde) Folgendes:

**BGH, Beschluss vom 01.02.2023 – VII ZR 882/21:**

- Der Unternehmer muss **nicht** vortragen, **wer welche** Arbeiten und **wann** ausgeführt hat
- Der Unternehmer muss nur darlegen und gegebenenfalls beweisen:
  - Wie viele Stunden für die Erbringung der Vertragsleistungen
  - mit welchen Stundensätzen angefallen sind



Es ist keine Differenzierung derart notwendig, dass die abgerechneten Arbeitsstunden einzelnen Tätigkeiten zugeordnet und/oder nach zeitlichen Abschnitten aufgeschlüsselt werden (es ist nicht erforderlich vorzutragen oder Unterlagen vorzulegen aus denen sich ergibt, wann welche Arbeiten ausgeführt wurden)

Dies muss nur in den Fällen vorgenommen werden, in denen die Vertragsparteien eine dementsprechend detaillierte Abrechnung rechtsgeschäftlich vereinbart haben



Wenn nicht etwas anderes vereinbart ist, reicht also aus, wenn der Unternehmer vorträgt, dass er für die beauftragten Leistungen  $x$  Stunden gebraucht hat und ein Stundensatz von  $y$  vereinbart wurde.

### **Fazit:**

Will man eine genaue Differenzierung erreichen, muss eine spezielle Vereinbarung (beispielsweise angelehnt an die Regelungen der VOB/B) getroffen werden.



# Unerlaubte Rechtsberatung von Architekten, Projektsteuerern und „Vergabeberatern“

**Das Urteil des BGH vom 09.11.2023 und die Folgen hieraus**

## Sachverhalt des Urteils:

- Ein Architekt (mit LP 1-8 beauftragt) stellt vereinbarungsgemäß dem Bauherrn eine Skontoklausel zur Verwendung in den Verträgen mit den bauausführenden Unternehmen zur Verfügung
- Die Skontoklausel ist unwirksam, dadurch entsteht dem Bauherrn ein Schaden, weil er, obwohl Verzug vorliegt, keinen Skontoabzug tätigen kann
- Der Bauherr nimmt den Architekten auf Schadensersatz in Anspruch



## **Die Entscheidung:**

- Die Vereinbarung ist unwirksam, deshalb kein vertraglicher Schadensersatzanspruch
- Es kommt jedoch Haftung auf Schadensersatz aus Verletzung des vorvertraglichen Schuldverhältnisses bzw. aus Verstoß gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz (§ 3 RDG) in Betracht

**Ergebnis: Architekt haftet dem Bauherrn auf Schadensersatz**

**Begründung: Unzulässige Rechtsdienstleistung**





### § 3 RDG:

*„Die selbstständige Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen ist nur in dem Umfang zulässig, indem sie durch dieses Gesetz oder aufgrund anderer Gesetze erlaubt wird“*

### Was ist eine Rechtsdienstleistung?

#### § 2 Abs. 1 RDG:

*Rechtsdienstleistung ist jede Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten sobald sie eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert.*



Nach der Rechtsprechung des BGH erfasst diese Vorschrift jede konkrete Subsumtion eines Sachverhalt unter die maßgeblichen rechtlichen Bestimmungen, die über die bloße schematische Anwendung von Rechtsnormen ohne weitere rechtliche Prüfung hinausgeht.



**Grundsätzlich gilt:**

§ 3 Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO):

***„Der Rechtsanwalt ist der berufene unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten“***

## Erlaubte Rechtsdienstleistung (§ 5 Abs. 1 S. 1 RDG)

*„Erlaubt sind Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit einer anderen Tätigkeit, wenn sie als Nebenleistung zum Berufs – oder Tätigkeitsbild gehören.“*

### Fazit:

Schematische Anwendung von Rechtsnormen die keine weitere rechtliche Prüfung voraussetzt, ist auch anderen Personen als Rechtsanwälten erlaubt

- Im Übrigen sind Rechtsdienstleistungen auch Nichtanwälten erlaubt, wenn sie als Nebenleistung zum Berufs – oder Tätigkeit gehören



Ob eine erlaubte oder unerlaubte Rechtsdienstleistung (Tätigkeit, die eine rechtliche Prüfung im Einzelfall erfordert) vorliegt, hängt davon ab, ob es sich um eine Nebenleistung handelt, die zum Berufs – oder Tätigkeitsbild gehört

**Es kommt also darauf an:**

Welche rechtliche Tätigkeit gehört zum Berufsbild oder Tätigkeitsbild

- der Architekt.innen /Ingenieur.innen ?
- der Projektsteuer.innen ?
- der „Vergabeberater.innen“ ?



Was zum etablierten Berufsbild der **Architekt.innen** und **Ingenieur.innen** gehört könnte man aus der HOAI herleiten (trotz der Tatsache, dass die HOAI eine Honorarordnung und keine Leistungsordnung darstellt)

Das Berufsbild von **Projektsteuerer.innen** kann nicht in Anlehnung an gesetzliche Normen hergeleitet werden.

*„National – aber auch international – hat sich ein Standardmodell der externen Beauftragung, vornehmlich beratender technisch – wirtschaftlicher Unterstützungsleistungen für die Projektrealisierung in den Bau – und Immobilienmärkten, herausgebildet“*

(AHO Schriftenreihe Heft Nr.9)





Ein Berufsbild der **Vergabeberater.innen** gibt es nicht

## Zu Architekt.innen/Ingenieur.innen:

### Zitate aus dem Urteil des BGH:

- *„Das Aufgabengebiet und damit das Berufsbild des Architekten hat in vielfacher Hinsicht Berührungen zur Rechtsdienstleistungen.... Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss der Architekt als geschäftlicher Oberleiter, sachkundiger Berater und Betreuer des Bauherrn nicht unerhebliche Kenntnisse des Werkvertragsrechts, des BGB und der entsprechenden Vorschrift der VOB/B besitzen.*
- *„Der Architekt ist nicht einem Rechtsberater des Bauherrn gleichzusetzen“*



- *„Eine allgemeine Rechtsberatung wird von dem Berufsbild des Architekten nicht erfasst, da es insoweit an einer hinreichenden juristischen Qualifikation fehlt“*
- *„Es bedarf des Schutzes des Bauherrn als Rechtsuchenden vor unqualifiziertem Rat “*
- *„Der Architekt muss den Bauherrn darauf hinweisen, dass ihm eine solche Tätigkeit nicht erlaubt ist und sich der Bauherr insoweit an einen Rechtsanwalt zu wenden hat“*

## Was folgt aus dem Urteil

Architekt.innen und Ingenieur.innen müssen zwar nicht unerhebliche baurechtliche Kenntnisse zur fachgerechten Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit haben.

Sie sind aber in diesem Zusammenhang schlicht auf die schematische Rechtsanwendung beschränkt.

Sie dürfen nicht rechtlich beratend oder gestaltend tätig werden, sobald dies eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert.



### **Beispiele für unzulässige Rechtsdienstleistung:**

- Beratung zum rechtlichen Inhalt von Bauverträgen
- Erstellung von Bauverträgen
- Ausfüllen von formularmäßigen Bauverträgen hinsichtlich des rechtlichen Inhalts
- Beratung darüber, ob die VOB/B vereinbart werden soll



- Beratung darüber, ob bei Vereinbarung der VOB/B eine fünfjährige Gewährleistungsfrist vereinbart werden soll
- Beratung darüber, ob von der VOB/B abweichende Vereinbarungen in einem Vertrag aufgenommen werden sollen
- Vergaberechtliche Beratung über den Ausschluss von Angeboten



- Bewertung, ob ein Nachtrag dem Grunde nach gerechtfertigt ist
- Beratung des Bauherrn in rechtlicher Hinsicht bei Mängeln, sofern der Unternehmer einer Mangelbeseitigungsaufforderung nicht nachkommt
- Beratung bei Verzug
- Beratung zu Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer Kündigung

## Zu Projektsteuerer.innen

- Analog zu Architekt.innen und Ingenieur.innen (was Architekt.innen und Ingenieur.innen nicht dürfen, dürfen auch Projektsteuerer.innen nicht)
- Analog zu „Vergabeberater.innen“ (was Vergabeberater.innen nicht dürfen, dürfen auch Projektsteuerer.innen nicht)
- Rechtliche Beratung im Zusammenhang mit dem Abschluss von Verträgen mit Architekt.innen und Fachplaner.innen





- Rechtliche Beratung im Zusammenhang mit Vergaben von Planungs – und Bauaufträgen
- Mitwirken bei der Durchsetzung von Vertragspflichten gegenüber den Beteiligten in rechtlicher Hinsicht

## Zu Vergabeberater.innen

Beratung zur Beurteilung der Pflicht zur europaweiten Ausschreibung

Beraten zum möglichen Vorliegen von Interessenskonflikten

Beraten zur Wahl der Verfahrensart

Beraten zu rechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Rechtsform von Unternehmen und Bietergemeinschaften

Beraten zur Nachforderung von Unterlagen



Beraten zu allen Rechtsfragen des GWB (zwingende/fakultative Ausschlussgründe, Selbstreinigung, Kündigung von Aufträgen in besonderen Fällen, Auftragsänderungen usw.)

Beratung zu allen Fragen, die eine rechtliche Prüfung von Vorschriften der VgV , der SektVO und des GWB erfordern.



## Die Folgen unzulässiger Rechtsdienstleistung

Der Vertrag bzw. die eingegangene Verpflichtung ist nichtig

Der Bauherr/Auftraggeber hat keine Gewährleistung

Der Auftragnehmer (Architekt/Ingenieur, Projektsteuerer, Vergabeberater) haftet bei Schäden trotzdem auf Schadensersatz)

Architekt/Ingenieur, Projektsteuerer, Vergabeberater sind für diese Schäden nicht versichert.



# Ausblick auf 2024



**Schön dass Sie gekommen sind !**

**Gerne sind wir auch 2024 für Sie da !**