



## Inhalt

### VERGABERECHT

- 2 Die Baukonzession im neuen Gewand
- 4 Die elektronische Vergabe im neuen EU-Vergaberecht
- 6 Pflicht zur Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens bei Vertragsänderung
- 7 Planungswettbewerbe als Instrument der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen

### BAUVERTRAGSRECHT

- 10 Neues zur Kündigung durch den Auftraggeber (Teil 1)
- 11 Neues zur Kündigung durch den Auftraggeber (Teil 2)

### ARCHITEKTENRECHT

- 13 Der Architekt in der Nacherfüllung

## Vorwort

Wie kaum eine andere Rechtsmaterie hat das Vergaberecht in dem letzten Jahrzehnt eine so stürmische Entwicklung erfahren. Der Gesetzgeber hat diese Rechtsmaterie durch Neufassung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB - im April 2016 vollständig neu strukturiert und den Versuch unternommen, diese Materie zu vereinfachen und übersichtlicher zu gestalten.

So ist die VOF als eigenständiges Regelwerk weggefallen und in der Vergabeverordnung aufgegangen. Wesentliche inhaltliche Änderungen haben sich nicht ergeben. Die VOB Teil A hat demgegenüber ihr Alleinstellungsmerkmal behaupten können. Einzug findet die elektronische Vergabe. Ab dem 18.04.2017 dürfen öffentliche Aufträge nur noch elektronisch vergeben werden. Dies bedeutet insbesondere für kleinere Betriebe eine Herausforderung, wenn sie sich um öffentliche Aufträge bemühen wollen.

Welche Auswirkungen haben Vergabeverstöße auf die Wirksamkeit abgeschlossener Verträge und wie ist zu verfahren, wenn nach Vertragsabschluss wesentliche Vertragsänderungen erfolgen sollen? Soll etwa neu ausgeschrieben werden? Was geschieht im Insolvenzfall eines Auftragnehmers? Kann der Auftraggeber so einfach kündigen? Was ist mit Planungswettbewerben? Sind diese in der Zukunft überhaupt noch möglich und bitte wie?

Viele Fragen suchen ihre Antworten. Einen kleinen Überblick bietet dieser Newsletter.

**Prof. Henning Irmeler**

Rechtsanwalt

Rechtsanwälte Irmeler & Kollegen

# Die Baukonzession im neuen Gewand

**I. (Novelliertes) Rechtsregime, dem die Baukonzession seit dem 18.04.2016 unterfällt.**

## A. Vorbemerkung

Bis zur Novellierung des § 99 GWB mit dem am 24.04.2009 in Kraft getretenen GWB wurde über Jahre in Deutschland ein Streit um die europarechtliche Ausschreibungspflicht von kommunalen Verkäufen von Grundstücken geführt, deren Bebauung den städtebaulichen Vorgaben der Kommune entsprechend ihrer Bebauungspläne unterlag. Die vom Oberlandesgericht Düsseldorf (seit seiner Ahlhorn-Entscheidung vom 13.06.2007) angenommene Baukonzession unter Fingierung einer Bauverpflichtung wurde vom Gesetzgeber in der Folge dahingehend korrigiert, dass eine Baukonzession zwingend die Übertragung eines „befristeten Rechts auf Nutzung“ durch den Konzessionär (§ 99 Abs. 6 GWB) und vice versa für den Auftraggeber ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse voraussetzt. Die neue Fassung des § 99 Abs. 3 GWB ihrerseits wurde bekanntlich durch den Europäischen Gerichtshof in weiten Teilen bestätigt.

In der Folge entwickelte sich eine unterschiedliche Handhabung der (einerseits) Baukonzessions-Verträge und der (andererseits) Verträge, denen Dienstleistungskonzessionen zugrunde lagen. Während Letztere nicht dem Vergaberecht unterfielen, galt dies nicht für Erstere. Die Baukonzession unterlag indes dem Vergaberecht.

Die am 28.03.2014 publizierte Konzessionsvergabe-Richtlinie (RL2014/23/EU) hat diese „Zweiteilung“ in der Geltung des Vergaberechts aufgehoben. Nach Auffassung der Kommission stellen Konzessionsverträge, gleich welcher Form, die insbesondere bei Großprojekten vorkommen, ein wichtiges Hilfsmittel für den langfristigen strukturellen Ausbau von Infrastruktur und Dienstleistungen dar.

Zur Harmonisierung hat die Kommission deshalb die o.g. neue Richtlinie (RL2014/23/EU) im Jahre 2014 erlassen. Sie wurde fristgemäß zum

Stichtag 18.04.2016 in nationales deutsches Recht umgesetzt und erstreckt sich jetzt unterschiedslos auf Bau- und Dienstleistungskonzessionen.

## B. Konsequenzen

### I. Umsetzung durch den nationalen Gesetzgeber des GWB und (mittelbar) durch den DVA

Die jetzige „Normierung“ der VOB/A und VOB/B hat letztlich nicht die gewünschte Harmonisierung in Gänze erbracht. Einmal mehr ist es – dies sei rechtspolitisch angemerkt – nicht gelungen, die traditionellen „Verdingungsaus-schüsse“, des DVA und der DVAL, mit ihren Sonderinteressen aus dem Normierungsgefüge „zu verbannen“.

Zwar ist die (frühere) Privilegierung der Baukonzession im Oberschwellenbereich durch § 22 VOB/A-EG Abs. 2 VOB/A entfallen (die VOB/A-EU enthält den Begriff der Baukonzession nicht mehr).

Die Baukonzession ist aber – nach wie vor – im Unterschwellenbereich bis (derzeit) 5,225 Mio. € als Instrument der speziellen vertraglichen Beauftragung eines Auftragnehmers vorhanden. Gemäß § 23 VOB/A 1. Abschnitt „sind bei der Vergabe von Baukonzessionen (auch) die §§ 1-22 VOB/A 1. Abschnitt anzuwenden“.

Für die Baukonzession im Oberschwellenbereich gilt demgegenüber für die Handhabung der nunmehr in § 105 GWB gleichgestellten Bau- und Dienstleistungskonzessionen die Konzessionsvergabe-Verordnung. Sie soll (so Abs. 4 der „Hinweise für die VOB/A 2016“ im Bundesanzeiger - AT vom 19.01.2016, B 3) „künftig umfassend (neben der Dienstleistungskonzession, Verfasser) auch für Baukonzessionen“ gelten.

### II. Bestehenbleiben überkommener dogmatischer Probleme

1. Auch zünftig bleiben eine Reihe überkommener dogmatischer Probleme erhalten:

- von der Abgrenzung der Dienstleistungskonzession zum Dienstleistungsauftrag bis zur
- Abgrenzung von Dienstleistungskonzessionen und Baukonzessionen untereinander, wenn z. B. die Errichtung von Gebäuden eine notwendige Voraussetzung für die Erbringung einer Dienstleistung ist, nicht aber Hauptgegenstand des

Vertrages (s. § 99 Nr. 11 GWB a. F.; § 110 Abs. 1 GWB und aus der Rspr.: OLG-Karlsruhe, B. v. 06.02.2013 – 15 Verg. 11/2 -).

Auch zukünftig wird es Mischformen geben, die entweder als klassische Bauaufträge oder als Baukonzession einzuordnen sind. Andererseits ist jetzt normativ klargestellt, dass im letzteren Fall ein wirtschaftliches Rest-Risiko (Betriebsrisiko) verbleiben muss. In Zweifelsfällen dürfte es bei der bisherigen Rspr. bleiben, wonach vom Vorliegen einer Baukonzession dann auszugehen ist.

### III. Der Topos des Betriebsrisikos

1. a.) Ausdrücklich geregelt im Sinne eines geschriebenen Tatbestands- und Abgrenzungsmerkmals ist (jetzt) das Betriebsrisiko, das – „in Abgrenzung zur Vergabe öffentlicher Aufträge“ bei der Vergabe einer Bau- oder Dienstleistungskonzession für die Nutzung des Bauwerks oder für die Verwertung der Dienstleistungen auf den Konzessionsinhaber „übergehen“ muss, § 105 Abs. 2 GWB.

b. Der Übergang des Betriebsrisikos, das ein Nachfrage- oder Angebotsrisiko sein kann, § 115 Abs. 2 S. 3 GWB, ist damit zum entscheidenden Kriterium sowohl zur Abgrenzung von der (normalen) Vergabe öffentlicher Aufträge als auch zur Wesensbestimmung einer Konzession geworden. In § 105 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 und Nr. 2 GWB erfolgen gesetzliche Präzisierungen für die Annahme eines erfolgten Betriebsrisikoübergangs.

c. Entsprechend Art. 5 UAbs. 2 Konzessionsvergaberichtlinie (2014/23/EU) gilt das Betriebsrisiko – entsprechend der bisherigen EuGH-Rechtsprechung (z. B. U. v. 10.03.2011 - C 274/09 - in: VergabeR 2011) als dem Konzessionsnehmer zurechenbar („getragen“), wenn nicht sicher ist, dass die Investitionsaufwendungen bzw. die Kosten für „den Betrieb des Bauwerks“ oder die Erbringung der Dienstleistungen als Gegenstand der Konzession wieder erwirtschaftet werden können“ (dazu Art. 5 Nr. 1 UAbs. 2 S. 2 RL2014/23/EU). Darüber hinaus umfasst „der Teil des auf den Konzessionsteilnehmers überangenen Risikos“ auch, dass er den „Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist“ (Art. 5 Nr. 1 UAbs. 2 S. 3 RL2014/23/EU).

Maßgeblich ist also konkret das sogenannte „Verlustrisiko“ (Opitz), das abzugrenzen ist von solchen Risiken, die in „Zusammenhang mit

Missmanagement vertraglichen Ausfällen des Wirtschaftsteilnehmers oder höherer Gewalt stehen“ (Erwägungsgrund 20 zu RL2014/23/EU), oder - anders ausgedrückt - solchen, wie „sie jedem Vertrag innewohnen“ (dies entspricht EuGH v. 10.11.2011 – C -348/10 = NZ-Bau 2012, 183, 185).

2. Lediglich erwähnt sei an dieser Stelle noch, dass sich aus der „Neuorientierung“ des Konzessionsvergaberechts eine Reihe von Ausnahmen ergeben, die entweder sektorenspezifischer (Art. 10 RL2014/23/EU ff.) oder allgemeiner Natur (Konzessionsvergabe an sog. vorhandene bzw. Geschäftsunternehmen) sind.

### IV. Vergabe der Konzessionsverträge

Sehr detailliert geregelt wird nunmehr die einheitliche Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionen in der KonzVgV, die neben allgemeinen Bestimmungen (Abschnitt 1), der Vergabe von Unteraufträgen (§ 33 KonzVgV) und Übergangs- und Schlussbestimmungen (§ 34 ff. KonzVgV) sich in ihrem zweiten Abschnitt detailliert den Themen Allgemeine Verfahrensvorschriften, § 12 ff. KonzVgV, der Vorbereitung des Vergabeverfahrens, § 15 ff. KonzVgV; der Bekanntmachung, § 19 ff. KonzVgV und dem Auswahlverfahren als auch dem Zuschlag § 24 ff. KonzVgV widmet.

### V. Fazit

Im Ergebnis wurden in der Richtlinie 2014/23/EU die in der EuGH Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen/Abgrenzungskriterien übernommen, aber auch präzisiert (dazu Opitz, NVwZ 2014, 753 ff.). Das noch vor Jahren beklagte Defizit vom Fehlen näherer Bestimmungen zu Baukonzessionsverträgen, wie sie sich in den Art. 1 Abs. 3 und 56 ff. der früheren Richtlinie 2004/18/EG fanden, ist durch Erlass der Richtlinie 2014/23/EU und ihrer Umsetzung in nationales deutsches Recht in § 105 GWB sowie der KonzVgV mittlerweile Makulatur.

Positiv zu vermerken ist darüber hinaus die Vereinheitlichung der bislang geltenden unterschiedlichen Rigime beider Konzessionen, was sich u. a. im Primärrechtsschutz bemerkbar macht. Denn bislang konnten im Wesentlichen nur Baukonzessionen oberhalb der EU-Schwellenwerte einem Nachprüfungsverfahren unterzo-

gen werden. Gemäß § 155 GWB unterliegt auch die überschwellige Dienstleistungskonzession nunmehr dem Nachprüfungsverfahren. Insgesamt wird das (neue) Vergaberecht mit seiner Regelungsdichte zur größeren Transparenz und Rechtssicherheit beitragen, ohne dass sich schwierige Abgrenzungsfragen von vornherein nicht mehr stellen. Unabhängig davon, dass RL2014/23/EU keine Anwendung auf Fälle der „inhouse-Betrauung“ findet, also der Gewährung einer Konzession durch einen öffentlichen Auftraggeber an einen ihm zugeordneten Rechtsträger, dürfte zunehmend die Frage des Übergangs des Betriebsrisikos im Sinne einer „Vergabe in den Markt“ hinein (Art. 17 RL2014/23/EU) oder einer nur internen grundsätzlich vergaberechtsfreien hoheitlichen Indienstnahme Privater (Beleihung), Virulenz entfalten. ■

### Prof. Dr. Ulrich Rommelfanger

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Fachanwalt für Medizinrecht

RJ Anwälte Jochem Part GmbH

## Die elektronische Vergabe im neuen EU-Vergaberecht

### Einführung

Einen erheblichen neuen Aspekt der umzusetzenden EU-Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe (Richtlinie 2014/24/EU) bildet die elektronische Kommunikation im Vergabeverfahren (kurz: E-Vergabe). Seit 18.04.2016 sind alle öffentlichen Auftraggeber verpflichtet, Auftragsbekanntmachungen und Vergabeunterlagen elektronisch bereitzustellen.

Die EU-Kommission hatte sich bereits im Jahr 2004 das Ziel gesetzt, die Digitalisierung von Vergabeprozessen soweit voranzutreiben, dass bis Ende 2007 die Einführung von elektronischen Vergabesystemen in den Mitgliedsstaaten vollzogen ist. Fast alle Mitgliedsstaaten haben diese Vorgaben nicht halten können. In Ansehung dieses sehr langsam voranschreitenden Prozesses hat die EU-Kommission, unter anderem auch

zur Durchsetzung der E-Vergabe, durch Erlass neuer EU-Vergaberichtlinien im Jahr 2014 eine verbindliche Umsetzung bis zum 18.04.2016 in nationales Recht beschlossen.

In Bezug auf die Umsetzung der Vorschriften zur E-Vergabe sieht die Allgemeine Richtlinie neben der vorbenannten erwähnten allgemeinen Frist für die Umsetzung der Richtlinie in deutsches Recht Möglichkeiten vor, diese um bis zu 30 weitere Monate aufzuschieben. Spätestens ab Oktober 2018 ist die elektronische Kommunikation im Rahmen eines laufenden Vergabeverfahrens verbindlich durchzuführen. Im Rahmen der Umsetzungsfristen wird deutlich, dass die EU-Richtlinie eine maßgebliche Differenzierung zwischen den sogenannten zentralen Beschaffungsstellen einerseits und den übrigen Vergabestellen andererseits vorsieht. Ab dem 18.04.2016 müssen alle Bekanntmachungen und der Zugang zu den Ausschreibungsunterlagen elektronisch zugänglich sein. Ab dem 18.04.2017 ist die elektronische Übermittlung aller Angebote für zentrale Beschaffungsstellen verbindlich. Bis zum 18.10.2018 haben alle öffentlichen Auftraggeber und Bieter ausschließlich elektronische Mittel bei der Vergabe von Aufträgen zu nutzen.

### Inhalt der E-Vergabe

Zentrale Norm der E-Vergabe ist Artikel 22 der Richtlinie 2014/24/EU, der Vorschriften über die Kommunikation enthält. Hiernach haben die Mitgliedsstaaten zu gewährleisten, dass die gesamte Kommunikation und der gesamte Informationsaustausch im Rahmen des Vergabeverfahrens unter ausschließlicher Anwendung elektronischer Kommunikationsmittel zu erfolgen hat. Die neuen Richtlinien sehen ausdrücklich vor, dass die genutzten elektronischen Kommunikationsmittel nicht diskriminierend und allgemein verfügbar sind. Sie müssen mit den allgemein verbreiteten Erzeugnissen der Informations- und Kommunikationstechnologie kompatibel sein.

Für die E-Vergabe hat der deutsche Gesetzgeber in §§ 97 Abs. 5, 113 Satz 2 Nr. 4 GWB eine entsprechende Verordnungsermächtigung erlassen. Hiernach verwenden Auftraggeber und Unternehmen für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren grundsätzlich elektronische Mittel

nach Maßgabe der aufgrund des § 113 erlassenen Verordnungen.

Es herrscht der Grundsatz der Unzulässigkeit mündlicher Kommunikation im Vergabeverfahren. Sofern die Kommunikation jedoch keine wesentlichen Bestandteile eines Vergabeverfahrens (Vergabeunterlagen, Teilnahmeanträge, Interessenbestätigungen oder Angebote) betrifft und sofern der Inhalt der mündlichen Kommunikation ausreichend dokumentiert wird, kann die Kommunikation zwischen Vergabestelle und dem Bieter nach wie vor mündlich erfolgen. Aus der Verordnungsbegründung zu § 9 Abs. 1 VgV ergibt sich zudem, „dass die Pflicht, grundsätzlich nur elektronische Mittel zu verwenden, ausschließlich den Datenaustausch zwischen den öffentlichen Auftraggebern und den Unternehmen betrifft. Wie die öffentlichen Auftraggeber und die Unternehmen ihre internen Arbeitsabläufe gestalten, bleibt jeweils ihnen überlassen und wird nicht von der VgV geregelt. So können die Auftraggeber beispielsweise den Vergabevermerk in Papierform fertigen und Unternehmen können beispielsweise ihre interne Kommunikation mündlich oder fernmündlich gestalten. Ebenso wenig ist von der Pflicht zur grundsätzlichen Verwendung elektronischer Mittel im Vergabeverfahren die Phase der Archivierung von Daten umfasst. Die öffentlichen Auftraggeber können z.B. sämtliche in einem Vergabeverfahren angefallenen elektronischen Daten ausdrucken und entsprechend der einschlägigen Aufbewahrungsvorschriften in Papierform archivieren. Dasselbe gilt für Unternehmen.“

Die E-Vergabe soll durch transparente Verfahren zu einer höheren Rechtssicherheit der Beschaffungsvorgänge führen. Zeit und Kosten sollen gespart werden. Für Vergaben öffentlicher Aufträge entstehen jährlich volkswirtschaftliche Gesamtkosten in Höhe von rund 14 Milliarden Euro. Alleine das Erstellen der Vergabeunterlagen und die Wertung der Angebote schlagen hierbei mit rund 7 Milliarden Euro zu Buche. Hier erwartet man das größte Einsparpotential.

Sogenannte elektronische Vergabepattformen (z.B. [www.evergabe-online.de](http://www.evergabe-online.de)) bieten sowohl öffentlichen Auftraggebern als auch Bietern die Möglichkeit ihre internationalen und nationalen Ausschreibungen von der Vorbereitungs-

zur Verwertungsphase abzuwickeln. Vergabemanagementsysteme (Vergabemanager/Bietercockpit) unterstützen die jeweiligen internen Abläufe. Das Mitführen von Vergabevermerken wird die Anforderungen an die Dokumentationspflicht erleichtern und eine nachvollziehbare Vorgehensweise garantieren. Bieter erhalten einen vereinfachten Zugang zu den Vergabeunterlagen, er ist ohne Registrierung möglich. Gleichwohl birgt der unregistrierte Abruf einen Nachteil. Ohne entsprechende Registrierung wird der interessierte Bieter nicht über Änderungen der Vergabebestimmungen, Nachträge etc. informiert. Dies kann im ungünstigen Fall dazu führen, dass der Bieter unvollständige Angebotsunterlagen übermittelt.

Einen weiteren Vorteil bietet die E-Vergabe im Hinblick auf die gezielte Suche und Sichtung der Vergabeunterlagen. Ein umfassender Überblick über Auftragspotential wird gewährleistet. Eine eingegrenzte Suche ist möglich über die Eingabe eines CPV-Code (Art der ausgeschriebenen Leistung) bzw. eines NUTS-Code (Standort für die zu erbringende Leistung). Schließlich wird sich das Ausschlussrisiko aufgrund formaler Fehler bei der Angebotsabgabe durch eine benutzerfreundliche Führung unterstützender Programme erheblich reduzieren.

Eine weitere Möglichkeit der Nachweisführung der Eignung bietet nunmehr die durch die EU-Kommission entwickelte „Einheitliche Europäische Eigenerklärung“ (EEE). Hiermit wird die Eignung zunächst nur vorläufig nachgewiesen. Nur der Bieter, der den Zuschlag erhalten soll, wird von der Vergabestelle zur Vorlage der zum Nachweis der Eignung ausgefertigten Originaldokumente aufgefordert.

### Ausblick

Dass die E-Vergabe neben größerer Rechtssicherheit und Rechtsklarheit einen Fortschritt bietet, der sowohl Auftraggebern als auch Bietern zum Vorteil gereicht, ist bereits jetzt zu erkennen. Um die eingeschlagene Entwicklung aufrechtzuerhalten, ist der Kommission die Befugnis übertragen, im Hinblick auf Änderung technischer Einzelheiten Rechtsakte zu erlassen, um technischen Entwicklungen Rechnung tragen zu können. Dies zeigt, dass Bau- und Informationstechnologie eines gemein haben: Es handelt sich bei bei-

den Disziplinen um einen dynamischen Prozess. Es verwundert daher nicht, dass schon vor Einführung der E-Vergabe bereits jetzt über verschiedene Regelungen Streit herrscht. Unklar ist beispielhaft, was es bedeutet, dass den Bieter bei der E-Vergabe die Vergabeunterlagen unentgeltlich bereit zu stellen sind. Wie verhält es sich mit Zahlungen im Zusammenhang mit der Nutzung von E-Vergabeplattformen? In der Regel fallen bei der Registrierung auf den gängigen E-Vergabeplattformen Aufnahmegebühren an. Es werden dort weitere Serviceleistungen angeboten, da dem Bieter beispielhaft im Rahmen der Vollständigkeitsprüfung Unterlagen zur Verfügung gestellt werden. Ebenfalls streitig ist noch, ob die Möglichkeit des direkten Abrufes der Vergabeunterlagen auch bei einer beschränkten Ausschreibung gilt, die regelmäßig in zweistufigen Verfahren durchgeführt wird.

Ungeachtet aller Unwägbarkeiten, die neue gesetzliche Regelungen im Zusammenhang mit der Anwendung neuer technischer Verfahren mit sich bringen, richten Sie Ihr Unternehmen durch Bereitstellung der notwendigen Hard- und Software sowie eventuelle Teilnahme an Einführungsseminaren rechtzeitig darauf ein. Die elektronische Kommunikation im Vergabeverfahren wird verpflichtend. ■

### Philip Pürthner

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Bau- & Architektenrecht

RJ Anwälte Jochem Part GmbH

## Pflicht zur Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens bei Vertragsänderung

Mit dem seit dem 18.04.2016 geltenden neuen Vergaberecht treffen die öffentlichen Auftraggeber Pflichten zur Neuvergabe bei wesentlichen Vertragsänderungen. Für alle Vergaben, auch Unterschwellenvergaben, sieht § 22 VOB/A zwar den Grundsatz vor, dass bei Vertragsänderungen nach den Bestimmungen der VOB/B kein neues

Vergabeverfahren durchgeführt werden muss. So war es in der Vergangenheit und bleibt es auch bisher. Allerdings besteht nun eine Ausnahme nach § 22 Halbsatz 2 VOB/A wonach Vertragsänderungen entsprechend § 1 Abs. 4 S. 2 VOB/B ein neues Vergabeverfahren erfordern. Dieser Fall tritt ein, wenn nicht vereinbarte Leistungen bzw. nicht im Leistungsverzeichnis bepreiste Leistungen zur Ausführung der funktional geschuldeten vertraglichen Leistung erforderlich werden und der Betrieb des Auftragnehmers auf derartige Leistungen nicht eingerichtet ist. In einem solchen Fall sieht die VOB/B vor, dass solche Leistungen demjenigen Auftragnehmer, der bereits einen Auftrag hat, nur übertragen werden können, wenn er zustimmt. Nach der neuen VOB/A hängt dies nun nicht mehr nur von der Zustimmung dieses Auftragnehmers ab, sondern auch davon, dass diesbezüglich ein Vergabeverfahren durchgeführt wurde.

Im Oberschwellenbereich gelten außerdem die sogenannten EU-Paragrafen der VOB/A, also § 22 EU VOB/A. Dieser Paragraph ist neu gestaltet und regelt eine Vielzahl von Fällen. Hier lautet der Grundsatz des Abs. 1, dass wesentliche Änderungen eines öffentlichen Auftrages während der Vertragslaufzeit ein neues Vergabeverfahren erfordern. Die VOB/B, also die allgemeine Geschäftsbedingung zum Vertragsrecht, sieht in § 1 Abs. 3 vor, dass sich der Auftraggeber Änderungen des Bauentwurfs vorbehält, welche dann durch den bereits vertraglich gebundenen Auftragnehmer mit auszuführen sind, zu einer gesonderten Vergütung nach § 2 Abs. 5 VOB/B. Eine solche Änderungsanordnung mit Vergütungsnachtrag hängt nach dem neuen Vergaberecht davon ab, ob der Auftrag oberhalb des EU-Schwellenwertes liegt und es sich um eine wesentliche Änderung handelt. Beispielhaft zur Vielzahl an Anwendungsfällen des § 22 EU VOB/A kann an dieser Stelle genannt werden:

- Hätte die Änderung dazu geführt, dass andere Bewerber oder Bieter im ursprünglichen Vergabeverfahren zugelassen gewesen wären, oder ihnen ein Angebot ermöglicht worden wäre?
- Hätte ein anderes Angebot angenommen werden können?
- Hätte das Vergabeverfahren das Interesse weiterer Teilnehmer geweckt?

- Wird der öffentliche Auftrag erheblich ausgeweitet?

In all diesen Fällen hat ein neues Vergabeverfahren stattzufinden, wenn keine Abnahme greift.

§ 22 EU VOB/A enthält in Abs. 2 außerdem Ausnahmeregelungen, die insbesondere im Bereich von Bauleistungen Vertragsänderungen auch ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulassen, wenn ein Wechsel des Bauauftragnehmers aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen kann und mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den öffentlichen Auftraggeber verbunden wäre, wobei die Auftragssumme des geänderten Leistungsspektrums um nicht mehr als 50 % des ursprünglichen Auftrags erhöht werden darf.

Eine weitere Ausnahmeregelung findet sich in § 22 EU Abs. 3 VOB/A, wonach bei Bauaufträgen Änderungen immer ohne neues Vergabeverfahren zulässig sind, wenn sie 15 % des ursprünglichen Auftragswertes nicht erreichen. Dieser Prozentsatz bezieht sich allerdings auf eine Gesamtbetrachtung aller Änderungen, weswegen ein scheinbar weiches Umgehen der Vergabeanforderungen nicht möglich ist. ■

### Johannes Jochem

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Bau- & Architektenrecht

RJ Anwälte Jochem PartGmbH

## Planungswettbewerbe als Instrument der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen

Mit der Neuordnung des Vergaberechts für EU-weite Verfahren oberhalb eines Auftragswertes von derzeit € 209.000,00 sind die Regelungen in der VOF vollständig in der Vergabeverordnung VgV aufgegangen. Die VOF beschäftigt sich in

§ 20 unter der Überschrift „Wettbewerben“ mit Auslobungsverfahren, die dazu dienen, dem Auftraggeber einen Plan oder eine Planung zu verschaffen, deren Auswahl durch ein Preisgericht aufgrund vergleichender Beurteilung mit oder ohne Zuteilung von Preisen erfolgt. Wurden Architekten- oder Ingenieurwettbewerbe ausgelobt, war Kapitel 2 der VOF zusätzlich zu beachten. § 25 VOF befasste sich dabei mit den Vorschriften zur Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen.

Bedeutung gewinnt das Kapitel „Planungswettbewerbe“ insbesondere für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen für den Fall, dass der Auftraggeber sich dafür entscheidet, die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen nach Durchführung eines Planungs-wettbewerbes zu betreiben. Im Vordergrund stehen dabei Aufgabenstellungen des Hochbaus, des Städtebaus und des Brückenbaus sowie der Landschafts- und Freiraumplanung. Dabei geht es um Gestaltungslösungen. National bedeutsame Bauwerke, wie das Bundeskanzleramt, das Reichstagsgebäude oder dergleichen sind herausragende Beispiele. Eine Vielfalt unterschiedlicher Lösungsansätze baulich herausragender Objekte im kommunalen Bereich sind insbesondere über Architektenwettbewerbe zu erhalten. Dieser Wettstreit von Ideen wurde von der Architektenschaft stets gefördert, wobei es vor allem darum geht, dass das grundlegende Wettbewerbsprinzip der Chancengerechtigkeit aller Beteiligten beachtet wird. Es findet bei der Auslobung eines Architektenwettbewerbes seinen wesentlichen Ausdruck darin, dass eine unabhängige Jury zumeist in einem anonymen Verfahren eine Auswahl unter den eingesendeten Arbeiten vornimmt. Dieses Verfahren zu ordnen, war Gegenstand der VOF-Regelung und ist heute im Wesentlichen inhaltsgleich im Rahmen der Neuordnung des Vergaberechts in die Vergabeverordnung aufgenommen worden.

### Die wesentlichen Grundsätze sind bei EU-weiten Vergaben dabei folgende:

1. Die Zulassung des Teilnehmers zum Planungs-wettbewerb kann nicht örtlich begrenzt werden, sondern erstreckt sich stets auf das gesamte Gebiet der europäischen Union. Zugelassen sind juristische Personen ebenso wie natürliche Personen.

2. Soll die Zahl der Wettbewerbsteilnehmer zahlenmäßig eingeschränkt werden, so ist zweistufig zu verfahren. Der Auftraggeber muss mit der EU-weiten Wettbewerbsbekanntmachung eindeutige und nicht diskriminierende Auswahlkriterien festlegen. Er muss danach eine ausreichende Anzahl von Bewerbern auffordern, um den Wettbewerb zu gewährleisten. Wie viele dies sind, entscheidet der Einzelfall. Bei bedeutenden Bauaufgaben wird die Anzahl wesentlich höher ausfallen müssen, als bei kleineren Objekten, die nur regionale Bedeutung gewinnen.

3. Die Preisrichter müssen alle von den Wettbewerbsteilnehmern unabhängig sein und bei Planungswettbewerben jeder Art mindestens 1/3 die gleichwertige Berufsqualifikation haben, die auch von den Wettbewerbsteilnehmern verlangt wird. Wird ein Architekten- oder Ingenieurwettbewerb ausgelobt, so sind zusätzlich die Bestimmungen der §§ 78-80 VgV zu beachten. Nicht nur 1/3 sondern die Mehrheit der Preisrichter muss in diesem Fall über die gleichwertige Berufsqualifikation verfügen, die von den Wettbewerbsteilnehmern verlangt wird.

4. Das Preisgericht ist vom Auftraggeber und auch von jedem Wettbewerbsteilnehmer unabhängig und trifft seine Entscheidung nur auf der Grundlage der mit dem Wettbewerb öffentlich bekannt gegebenen Kriterien. Wettbewerbsarbeiten sind dem Preisgericht anonym zur Entscheidung vorzulegen. Der Dialog zwischen den Preisrichtern und den Wettbewerbsteilnehmern ist nach Ausgabe der Arbeiten und vor deren Abgabetermin erlaubt und zu dokumentieren. Die Teilnahme an einem eventuellen Dialog steht jedem Teilnehmer offen. Gegenstand des Dialogs ist dabei die Erläuterung und Beantwortung von Fragen zur Wettbewerbsaufgabe. Die Ergebnisse des Dialogs sind offen zu legen und allen Wettbewerbsteilnehmern bekannt zu geben.

Die mit Tarnziffern belegten Arbeiten garantieren deren Anonymität bei der Beurteilung. Damit soll gewährleistet sein, dass die Jury ohne Kenntnis der Verfasser eine entsprechende Beurteilung vornimmt.

Bei der Durchführung von Architektenwettbewerben ist zudem nach § 78 Abs. 2 VgV zu beachten. Hiernach erfolgt der Wettbewerb auf

Grundlage veröffentlichter einheitlicher Richtlinien. Von dem zuständigen Bundesministerium war für die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes eine entsprechende Richtlinie nach Diskussion mit den Architekten und Ingenieuren erlassen worden, die teilweise auch mit leichten Veränderungen in den Bundesländern übernommen worden sind. Derzeit ist die wesentliche Grundlage und einschlägige Richtlinie die Richtlinie für Planungswettbewerbe RPW 2015. Sie regelt den Verfahrensgang und beschreibt die Grundsätze für die Vorbereitung und Durchführung der Wettbewerbe, die §§ 78 bis 80 VgV beachtet.

Bei den Planungswettbewerben unterscheidet man zwischen Ideenwettbewerben und Realisierungswettbewerben. Bei Ideenwettbewerben geht es im Ergebnis nur um die Auffindung geeigneter Anregungen und Überlegungen zu einer gestellten Aufgabenstellung. Im Fokus steht nicht eine weitere Bearbeitung der Bauaufgabe oder der Planungsaufgabe. Dies ist bei Realisierungswettbewerben anders. In solchen Fällen geht es ganz wesentlich darum, dass die Wettbewerbsteilnehmer auch eine Chance erhalten, mit ihrer Wettbewerbsarbeit einen Planungsauftrag zu erhalten. § 80 beschreibt dies wie folgt:

*„Soweit und sobald das Ergebnis des Planungswettbewerbes realisiert werden soll und beabsichtigt ist, einen oder mehrere der Preisträger mit den zu beschaffenden Planungsleistungen zu beauftragen, hat der öffentliche Auftraggeber in der Aufforderung zur Teilnahme an den Verhandlungen, die zum Nachweis der Eignung erforderlichen Unterlagen für die gem. §70 Abs. 2 bereits in der Wettbewerbsbekanntmachung genannten Eignungskriterien zu verlangen.“*

Für die rechtliche Beurteilung im Einzelfall sind die vom Auftraggeber veröffentlichten Wettbewerbsbedingungen maßgebend, die den Anforderungen der einschlägigen Bestimmungen der VgV zu genügen haben.

Es überschneiden sich hiermit zwei Rechtskreise. Wird in der Auslobung vom Auftraggeber erklärt, dass er beabsichtigt, den ersten Preisträger oder einen der Preisträger weiter zu beauftragen, so wird damit eine rechtserhebliche Erklärung über die Verpflichtung abgegeben, unter wel-

chen Voraussetzungen der Auftraggeber einen Wettbewerbsteilnehmer mit weiteren Leistungen beauftragen will. Daneben stehen die vergaberrechtlichen Überlegungen, dass nach den in der Vergabebekanntmachung des Auslobers mitgeteilten Kriterien der Wettbewerbsteilnehmer nur diejenigen am Wettbewerb teilnehmen dürfen, die die veröffentlichten Eignungskriterien auch tatsächlich erfüllen.

Im zweistufigen Verfahren kann die Eignungsprüfung anhand der festgelegten und veröffentlichten Kriterien bereits in der ersten Stufe zur Auswahl der zum Planungswettbewerb zugelassenen Teilnehmer durchgeführt werden. Ist dies nicht der Fall, sondern ist jedermann zum Wettbewerb generell zugelassen, so muss diese Prüfung nach Durchführung des Verfahrens nachgeholt werden. Wettbewerbsteilnehmer, die diese grundlegenden Eignungsprüfungen nicht erfüllen, scheidern damit auch nachträglich aus dem Verfahren aus und dies selbst dann, wenn ihnen ein Preis zuerkannt sein sollte.

Nach § 8 Abs. 2 RPW ist in der Richtlinie festgelegt, dass die weitere Beauftragung an einen der Preisträger, in der Regel der Gewinner zu vergeben ist. Wenn diese Richtlinie ohne jegliche Korrektur zugrunde gelegt wird, ist der Auftraggeber verpflichtet, den ersten Preisträger mit der weiteren Beauftragung zu betrauen. Er wird von dieser Verpflichtung nur dann befreit, wenn der Auftragserteilung ein wichtiger Grund entgegensteht, was schwer nachzuweisen sein wird (BGH vom 27.05.2004, Az: III ZR 433/02).

Werden solche Regeln in den Auslobungsbedingungen festgelegt, ist damit die Entscheidungsbefugnis des Auftraggebers sehr stark eingeschränkt, da er praktisch verpflichtet ist, die Entscheidung des Preisgerichts auch umzusetzen und den 1. Preisträger zu beauftragen. Er legt damit die Entscheidung sehr weitgehend in die Hand des Preisgerichts, auf die er keinen wesentlichen Einfluss hat, da das Preisgericht ein unabhängiges Gremium ist. Wenn in den Auslobungsbedingungen hingegen geregelt ist, dass der Auslober bzw. Auftraggeber beabsichtigt, einem der Preisträger einen Auftrag zu erteilen und zwar ohne den Zusatz „in der Regel dem ersten Preisträger“ so besteht die Möglichkeit des Auftraggebers wenigstens unter den Preisträgern

einen ausfindig zu machen, mit dem er die Bauaufgabe auch durchführen wird. Dies eröffnet ihm einen gewissen Spielraum. Dies geschieht sodann im Verhandlungsverfahren.

Der Auslober und Auftraggeber ist bei der Durchführung von Planungswettbewerben deshalb sehr gut beraten, wenn er sich sehr sorgfältig auch mit den Wettbewerbsbedingungen auseinandersetzt, nach denen er seine Auftragsentscheidung ausrichten will. ■

### Prof. Rudolf Jochem

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Bau- & Architektenrecht

Fachanwalt für Steuerrecht

RJ Anwälte Jochem Part GmbH



# Neues zur Kündigung durch den Auftraggeber (Teil 1)

## Aus der Rechtsprechung: Kündigung wegen Insolvenz

Lange Zeit war es umstritten, ob der Auftraggeber wegen eines Insolvenzverfahrens der Auftragnehmerin kündigen darf. Seit jeher sieht die VOB/B als allgemeine Geschäftsbedingung des Bauvertrages ein solches Recht vor. Es hat sich jedoch immer wieder die Frage gestellt, ob dieses vertragliche Recht gegen einen gesetzlichen Grundgedanken des Insolvenzrechts verstößt. Das Insolvenzrecht dient dem Grundsatz, sämtliche Forderungen der insolventen Firma einzuziehen, die so erzielten Gewinne zu bündeln und an alle Insolvenzgläubiger fair, also in prozentual gleicher Höhe, zu verteilen. Hierbei steht dem Insolvenzverwalter das Wahlrecht zu, ob Vergütungsforderungen realisiert werden, die davon abhängig sind, dass ein laufender Vertrag erst noch zu seinem Ergebnis geführt wird. Der Insolvenzverwalter kann also wählen, ob er die vertraglich geschuldete und noch nicht erbrachte Leistung zu Ende führen möchte, oder ob er selbst wegen Insolvenz der von ihm verwalteten Firma den Vertrag nicht fortführt.

Ein Urteil des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 2012 über eine insolvente Firma, die die Lieferung von Waren und Energie betrieb, kam zu dem Ergebnis, dass dieses Wahlrecht des Insolvenzverwalters insbesondere hinsichtlich der Wahl zur Durchführung des Vertrages trotz Insolvenz nicht zu Nichte gemacht werden dürfe durch eine Kündigungsmöglichkeit des Auftraggebers. Nicht der (solvente) Auftraggeber, sondern der Insolvenzverwalter der Auftragnehmerin solle entscheiden. Der für das Bauvertragsrecht zuständige 7. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat mit Urteil vom 07.04.2016, Az.: VII ZR 56/15, nun entschieden, dass das insolvenzbedingte Kündigungsrecht der VOB/B nicht nach solchen Gedanken unwirksam sei. Dies gilt zumindest für den sogenannten Eigeninsolvenzantrag der Auftragnehmerin. Der Bundesgerichtshof vertritt damit die Auffassung, dass das Lösungsrecht vom Vertrag durch Kündigung des Auftraggebers der besonderen Interessenlage der am Bau

Beteiligten entspreche. Diese besondere Interessenlage ist insbesondere davon geprägt, dass er sich ohne Entschädigungsforderungen vom Vertrag lösen, zügig eine anderweitige Vergabe der Restarbeiten vornehmen und die Mehrkosten als Schadenersatz geltend machen kann. Das Wahlrecht des Insolvenzverwalters vermag dieses Interesse nicht befriedigen. Insbesondere steht dem Insolvenzverwalter bei komplexen Bauverträgen häufig eine längere Frist zu, seine Entscheidung zur Vertragsdurchführung oder Vertragsbeendigung zu fällen. Ein während dieses Zeitraums bestehender Baustillstand kann einen erheblichen Schaden für den Auftraggeber bedeuten, der durch eine frühzeitige eigene Kündigungserklärung geringer gehalten werden könnte.

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs bezieht sich nur auf einen Eigeninsolvenzantrag der auftragnehmenden Bauunternehmerin und weist darauf hin, dass hiermit normalerweise das erforderliche Vertrauen für die Erfüllung eines Bauvertrages einhergeht. Dies hängt auch damit zusammen, dass für die Fortführung des Bauvorhabens regelmäßig Materiallieferanten, Nachunternehmer und Banken der insolventen Auftragnehmerin mitzuwirken haben, die sich wahrscheinlich in solchen Fällen nicht zur Weiterarbeit bereitfinden. Dies führt letztlich zum Wegfall des Vertrauens des Auftraggebers in die ordnungsgemäße Leistung. Dieser Vertrauensverlust begründet ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund, das nicht nur nach der allgemeinen Geschäftsbedingung der VOB/B zu einem Kündigungsrecht führt, sondern auch nach dem Rechtsgedanken des § 314 BGB im BGB-Bauvertragsrecht. Nach § 280 BGB und § 282 BGB kommt außerdem ein Schadenersatzanspruch beruhend auf der Verletzung des Vertrauensverhältnisses in Betracht. Mit Stellung des Eigeninsolvenzantrags bringt die auftragnehmende Bauunternehmerin gegenüber dem Auftraggeber zum Ausdruck, dass sie eine Gewähr für die ordnungsgemäße Vertragserfüllung nicht mehr bieten könne. Dies hat sie auch zu vertreten bzw. zu verschulden. Hierauf weist der Bundesgerichtshof hin, obwohl es einer gesetzlichen Pflicht eines Auftragnehmers entsprechen kann, rechtzeitig einen Eigeninsolvenzantrag zu stellen. Aber jedenfalls die zugrunde liegende fehlende Liquidität hat eine Auftragnehmerin zu verschulden, denn nach dem gesetzgeberischen

Grundprinzip der sogenannten unbeschränkten Vermögenshaftung muss jeder Auftragnehmer für seine finanzielle Leistungsfähigkeit einstehen.

Die Entscheidung des „Bausenats“ des Bundesgerichtshofs bezieht sich zunächst nur auf das Kündigungsrecht der VOB/B wegen eines Eigeninsolvenzantrages. Hiermit ist zwar einerseits Klarheit geschaffen, andererseits bleiben die anderen Fälle des § 8 Abs. 2 VOB/B, wie zum Beispiel der Insolvenzantrag durch Sozialversicherungsträger, umstritten.

Im BGH-Urteil findet sich ein weiterer interessanter Aspekt. Dem Vertrag lag die Verpflichtung zugrunde, eine Vertragserfüllungssicherheit durch Bankbürgschaft in Höhe von 10 % der Auftragssumme zu stellen. Die Größenordnung von 10 % ist nicht unangemessen, wenn sich ein Vertragserfüllungsrisiko dahingehend verwirklichen kann, dass vor Fertigstellung der Werkleistung Insolvenz eintritt und deshalb Dritte mit der Vollendung des Bauvorhabens beauftragt werden müssen. Der sich hieraus ergebende finanzielle Mehraufwand wird häufig mehr als 10 % der Auftragssumme betragen. Problematisch hierzu werden allerdings Kombinationen weiterer Sicherungsmittel, wie Einbehalte und Überscheidungen mit Gewährleistungssicherheiten bleiben. ■

### Johannes Jochem

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Bau- & Architektenrecht

RJ Anwälte Jochem Part GmbB

## Neues zur Kündigung durch den Auftraggeber (Teil 2)

### Neue VOB/B 2016: Kündigung aus vergaberechtlichen Gründen

Mit dem zum 18.04.2016 geltenden neuen Vergaberecht sind die öffentlichen Auftraggeber auch gehalten, die neue VOB/B 2016 als allgemeine

Geschäftsbedingung ihren Bauverträgen zugrunde zu legen. Die VOB/B 2016 enthält einen neuen Absatz 4 im Bereich des § 8, der die Kündigung des Auftragnehmers durch den Auftraggeber regelt. Damit ist ein neues Kündigungsrecht geschaffen, wenn in Verträgen, die im vergaberechtlichen Oberschwellenbereich liegen, vergaberechtliche Hindernisse vorgelegen hatten, oder „neu“ vorliegen.

Üblicherweise sind Vergabeverfahren und Vertragsdurchführungsverfahren getrennt voneinander zu betrachten. So bezieht sich das Vergaberecht auf das Verfahren von Bekanntgabe bis zum Zuschlag und das Vertragsrecht auf den Zeitraum von Vertragsabschluss durch Zuschlag bis Abnahme und letztlich Ende der Gewährleistungsphase. Auch wenn an dieser Stelle nicht verschwiegen werden sollte, dass in allen Fällen des Vertragsrechts auch ein vorvertragliches Treuverhältnis in Betracht kommt, so ist doch jetzt mit dem vergaberechtsbedingten Kündigungsrecht ein ausdrücklicher Bogen in die vorvertragliche Phase geschlagen (eine weitere Brücke zwischen Vergaberecht und Vertragsrecht findet sich seit dem 18.04.2016 auch in den Regeln des § 22 VOB/A zur vergaberechtlichen Vorgabe, bei wesentlichen Vertragsänderungen ein neues Vergabeverfahren durchführen zu müssen (siehe hierzu den weiteren Beitrag in diesem Newsletter).

### § 8 Abs. 4 VOB/B 2016 regelt mehrere Fälle:

1. Unzulässige Abrede (bereits bekannt aus den älteren Fassungen der VOB/B)

Gem. § 8 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B 2016 kann ein Auftraggeber den Vertrag kündigen, wenn der Auftragnehmer aus Anlass der Vergabe eine Abrede getroffen hatte, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt. Eine solche kartellrechtliche Abrede würde einem Auftraggeber häufig erst nach Auftragsvergabe und damit nach Vertragsschluss bekannt. In diesem Falle konnte der Auftraggeber schon seit jeher kündigen.

### Neu sind nun folgende Fälle:

2. Zwingender Ausschlussgrund im Oberschwellenbereich (VOB/B 2016 neu!)

Nach § 8 Abs. 4 Nr. 2 a VOB/B 2016 kann der

Auftraggeber den Vertrag kündigen, wenn er im Oberschwellenbereich geschlossen wurde und der Auftragnehmer wegen eines zwingenden Ausschlussgrundes zum Zeitpunkt des Zuschlages nicht hätte beauftragt werden dürfen.

### 3. Wesentliche Änderungen des Vertrages im Oberschwellenbereich (VOB/B 2016 neu!)

Nach § 8 Abs. 4 Nr. 2 b VOB/B 2016 kann der Auftraggeber einen Vertrag, der im Oberschwellenbereich geschlossen wurde, auch bei einer wesentlichen Änderung des Vertrages kündigen. In diesem Falle sind die bereits ausgeführten Leistungen nach § 6 Abs. 5 VOB/B abzurechnen und außerdem alles zu vergüten, was dem Auftragnehmer bereits entstanden ist und von den Vertragspreisen für das kündigungsbedingt nicht mehr zu Bauende erfasst gewesen wäre. Mehrkosten nach Kündigung bzw. einen Schadensersatz kann der Auftraggeber in diesem Fall selbstverständlich nicht geltend machen, da er die Vertragsänderung selbst veranlasst hat. Es handelt sich bei diesem neuen Kündigungsrecht um ein Kündigungsrecht einer neu geschaffenen Qualifikation. Es ist ein Hybrid und steht zwischen Kündigung aus wichtigem Grund, freier Kündigung und Behinderung. Man könnte es als Kündigung aus einem „bisschen wichtigen“ Grund, „begründete freie Kündigung“ oder „dauerhafte endgültige Behinderung“ bezeichnen.

Hintergrund für das neue Kündigungsrecht ist die vergaberechtliche Vorgabe der VOB/A bei wesentlichen Vertragsänderungen ein neues Vergabeverfahren durchführen zu müssen. Dies führt dazu, dass der alte Vertrag für den Auftraggeber obsolet wird. Es gibt damit einen „Hintergrund“ für das Kündigungsbegehren, der aber nicht dieselbe Qualität hat, wie ein wichtiger Grund, den der Auftragnehmer zu vertreten hätte. Eine vollkommen „freiwillige“ Kündigung des Auftraggebers besteht ebenfalls nicht. Ob die Entscheidung des Auftraggebers zur wesentlichen Vertragsänderung freiwillig war oder durch nicht vom Auftraggeber zu vertretende Faktoren hervorgerufen wurde, ist unklar. Für den vergaberechtlichen „Beschaffungsbedarf“ sind vielerlei Hintergründe denkbar.

Die Abrechnungsfolge des neuen Kündigungsrechts knüpft an die in der VOB/B bereits bestehende Regelung zur Abrechnung bei länger

andauernder Unterbrechung bzw. Behinderung an (§ 6 Abs. 5 VOB/B). Diese rechnet einen Zwischenstand und bereits entstandene Aufwendungen ab, geht aber davon aus, dass es irgendwann weitergeht. In dem Fall der Kündigung geht es aber nicht weiter. Nach durch AGB nicht modifizierten Regeln des BGB würde dies gemäß § 643, 645 BGB zu einer ähnlichen Vergütung führen, allerdings mit der Besonderheit, dass darüber hinausgehende Schadensersatzansprüche des leistungswilligen Unternehmers gegen den die Bauausführung nicht zulassenden Auftraggeber geltend gemacht werden können. Im Fall des neuen Kündigungsrechts stellt § 8 Abs. 4 Nr. 2 b Satz 3 VOB/B 2016 ausdrücklich klar, dass bestehende Schadensersatzansprüche unberührt bleiben. Es darf mit Spannung erwartet werden, ob die Praxis und die Rechtsprechung Schadensersatzansprüche ermöglichen. Problematisch dürfte der Nachweis des Verschuldens des Auftraggebers werden. Interessant wird auch die Frage nach einer AGB-Wirksamkeitsprüfung (Inhaltskontrolle) werden. Das BGB kennt die Möglichkeit des sogenannten freien Kündigungsrechts nach § 649 BGB, welches die Entschädigungspflicht für die nicht mehr zu erbringenden Leistungen beispielsweise pauschaliert auf 5 % des Restverlohns vorsieht.

Feststehen dürfte hingegen, dass die Auftragnehmer nichts dafür können, wenn der Auftraggeber sein Beschaffungsziel oder den Vertragsgegenstand wesentlich ändert. Daher gewährt die neue VOB/B 2016 dem gekündigten Bauunternehmer ein eigenes vergleichbares Kündigungsrecht gegenüber seinen Subunternehmern, mit gleicher Vergütungsregelung. Dies setzt sich in der Leistungskette weiterer Sub-Subunternehmer fort. Dies gilt letztlich allerdings nur, wenn auch in allen weiteren Subunternehmerverträgen die neueste Fassung der VOB/B 2016 vereinbart ist. ■

### Johannes Jochem

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Bau- & Architektenrecht

RJ Anwälte Jochem Part GmbH

## Der Architekt in der Nacherfüllung

Der Beitrag befasst sich mit der Frage, welches Verhalten eines Architekten in der Gewährleistungsphase ratsam sein kann. Der Titel „Nacherfüllung“ bezieht sich insofern sowohl auf die Möglichkeit einer Nacherfüllung einer eigenen Architektenleistung als auch auf die Nacherfüllung von Bauunternehmen und Handwerksfirmen.

Die Rechtsprechung betet seit jeher geradezu mantrahaft vor, dass einem Architekten für Mängel, die sich bereits im Baukörper verwirklicht haben, keine Nacherfüllungsansprüche zustehen. Auch mit dem aktuellen Urteil des Bundesgerichtshofs vom 28.01.2016, Az.: VII ZR 266/14, Rn. 37, führt der Bundesgerichtshof aus, dass eine Nachbesserung einer Planung nicht mehr zu einem geschuldeten Werkerfolg führen könne. Im vorliegenden Fall ging es um die Frage einer Fachingenieurplanung, die der Architekt als Generalplaner an einen Subplaner vergeben hatte. In diesem Subplanervertragsverhältnis gestand der Bundesgerichtshof dem Architekten als Generalplaner eine Honorarminderung zu, obwohl er sein Honorar vom Bauherrn bereits erhalten hatte. Allerdings wurde auch dieser Architekt vom Bauherrn mit Mängelbehauptungen konfrontiert. Natürlich versuchte der Architekt diese an seinen Subplaner weiterzureichen. Denn der Subplaner hatte für die Heizungsanlage einen unzutreffenden und nur für konventionelle Fassaden geeigneten K-Wert zugrunde gelegt. Daher war die Heizleistung nicht ausreichend, was sich erst nach Inbetriebnahme des Gebäudes herausstellte. Wegen solcher Schadensersatzansprüche, die die Bauherrschaft gegen den Generalplaner zwar noch nicht geltend gemacht hatte, die jedoch bekannt waren, zahlte er das Subplanerhonorar nicht.

Letztlich wurde der Generalplaner nicht vom Bauherrn zur Schadensersatzzahlung in Anspruch genommen, weswegen dieser Anspruch verjährte. Damit konnte der Architekt als Generalplaner diesbezüglich kein Zurückbehaltungsrecht zum Subplanerhonorar geltend machen. Minderung des Honorars konnte er auch ohne Fristsetzung und Mängelbeseitigungsaufforderung hingehend geltend machen.

Der Bundesgerichtshof befasse sich außerdem mit der Frage, ob dem Architekten als Generalplaner verwehrt sei, sich nach der sogenannten Sachwalter-Rechtsprechung auf die Einrede der Verjährung gegenüber dem Bauherrn zu berufen. Denn diese Haftungsgrundlage als Sekundärhaftung im besonderen Treueverhältnis eines Architekten gegenüber seines Auftraggebers stellt einen selbstständigen Haftungsgrund dar, der sich nicht in die Subunternehmerkette durchreichen lässt.

Als Konsequenz können daher folgende Überlegungen festgehalten werden: Wenn sich in der Gewährleistungsphase Mängel zeigen, drohen für Architekten auch ohne Aufforderung zur Planungsnachbesserung Risiken zur Honorarminderung, die neben eine (gegebenenfalls von der Haftpflichtversicherung gedeckte) Schadensersatzpflicht treten. Um dies zu verhindern, könnte der Architekt darüber nachdenken vorab von sich aus darzustellen, welche Leistungen er nacherfüllen kann. Gegebenenfalls kann er davon abgrenzen, welche zusätzlichen Leistungen er anbieten kann, um Ursachen herauszufinden und Lösungen zu finden. Dies wäre so etwas wie eine Nachfolgeauftragsakquise, die ein zusätzliches Honorar auslöst, das als Schadensersatz aber von allen Gesamtschuldnern (und gegebenenfalls auch durch deren Versicherungen) zu ersetzen ist.

Diese Vorgehensweise wird insbesondere dann ratsam sein, wenn dem Bauunternehmer eine Frist zur Mangelbeseitigung gesetzt werden soll und hierfür die notwendigen Ausführungsunterlagen vom Bauherrn geschuldet sind. Denn eine Fristsetzung zur Nacherfüllung des Bauunternehmers kann möglicherweise unwirksam sein, wenn dieser sogleich Behinderung anmeldet, dass keine notwendigen Planunterlagen zur Verfügung stehen.

Mit einer solchen Vorgehensweise kann außerdem der Anknüpfungspunkt zur Sekundärhaftung entfallen, der darin bestanden hätte, dass ein Architekt gegenüber seinem Bauherrn versucht, durch Verschweigen der Problematik seinen eigenen Kopf aus der Schlinge zu ziehen. ■

### Johannes Jochem

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Bau- & Architektenrecht

RJ Anwälte Jochem Part GmbH



Das 2003 gegründete „Netzwerk Bauanwälte“ ist ein Zusammenschluss von Anwaltskanzleien, deren Arbeitsschwerpunkt im Baurecht liegt, im privaten Bau- und Architektenrecht, Vergaberecht und/oder im öffentlichen Baurecht. Ziel der Netzwerkarbeit ist es, das Beratungsangebot der angeschlossenen Kanzleien kontinuierlich auf sehr hohem Niveau zu halten und so für die Mandanten eine exzellente anwaltliche Leistung im Baurecht sicherzustellen. Nach außen tritt das Netzwerk durch Veröffentlichungen hervor, die auf gemeinsamer Diskussion beruhen und Einfluss auf die Rechtsentwicklung nehmen sollen. Hierzu gehört auch dieses regelmäßig erscheinende Magazin „Baurecht Aktuell“.

**1 Ganten Hünecke Bieniek & Partner mbB, Bremen**

Ostertorstraße 32, 28195 Bremen, T 0421 329070  
www.ghb-law.de

**2 KOENEN BAUANWÄLTE,  
Essen/Hannover/Münster/Bielefeld**

Il. Hagen 7, 45127 Essen, T 0201 43953-0  
Hohenzollernstr. 40, 30161 Hannover  
T 0511 898402-0  
Picassoplatz 3, 48143 Münster, T 0251 7038989-0  
Marktstraße 8, 33602 Bielefeld, T 0521 9676638-0  
www.bauanwaelte.de

**3 RJ Anwälte Jochem  
Partnerschaftsgesellschaft mbB, Wiesbaden**

Wilhelmstraße 7, 65185 Wiesbaden  
T 0611 3081436-7  
www.rj-anwaelte.de

**4 GESSNER RECHTSANWÄLTE PartGmbH,  
Saarbrücken**

Berliner Promenade 16, 66111 Saarbrücken  
T 0681 936390  
www.rechtsanwaelte-gessner.de

**5 IRMLER & COLLEGEN Rechtsanwälte, Schwerin**

Heinrich-Mann-Straße 15, 19053 Schwerin  
T 0385 593600  
www.irmler.org

**6 BUSSE & MIESEN Rechtsanwälte**

**Partnerschaft mbB, Bonn/Berlin/Leipzig**  
Friedensplatz 1, 53111 Bonn, T 0228 98391-0  
Wilhelmstr. 46, 10117 Berlin, T 030 226336-0  
Martin-Luther-Ring 3, 04104 Leipzig,  
T 0341 982310  
www.busse-miessen.de

**7 Leinen & Derichs Anwaltssozietät,  
Köln/Berlin/Brüssel**

Clever Straße 16, 50668 Köln, T 0221 77209-0  
Littenstr. 108, 10179 Berlin (Mitte),  
T 030 91456817  
www.leinen-derichs.de

**8 Meurer Rechtsanwälte, Stuttgart**

Herdweg 24, 70174 Stuttgart, T 0711 505307-30  
www.meurer-rechtsanwaelte.de

**9 Einfeld Halfmann Biernoth Rechtsanwälte,  
Oldenburg**

Marschweg 36, 26122 Oldenburg, T 0441 350995-0  
www.kanzlei-ehb.de

**10 KANZLEI MUFFLER LERCH KITTLER & PARTNER  
Partnerschaftsgesellschaft mbB,  
München/Chemnitz**

Goethestr. 25a, 80336 München, T 089 5508945-0  
Fabrikstraße 7, 09111 Chemnitz, T 0371 3542792  
www.mlk-partner.de

**11 Kanzlei Prof. Dr. Jörg Zeller, Koblenz**

Neustadt 8, 56068 Koblenz, T 0261 20178644  
www.baurecht-architektenrecht.info

**12 Deubner & Kirchberg Rechtsanwälte |  
Partnerschaft mbB, Karlsruhe**

Mozartstr. 13, 76133 Karlsruhe, T 0721 98548-0  
www.deubnerkirchberg.de

**13 Steiger, Schill & Kollegen Rechtsanwälte**

Innere Neumatten 15, 79219 Staufen  
T 07633 93337-0  
www.rae-steiger.de

**14 TOPJUS RECHTSANWÄLTE**

Wehrlestraße 13, 81679 München  
T 089 210959-60  
Neuburger Straße 57, 85057 Ingolstadt  
T 0841 379067-0  
Türltorstraße 4, 85276 Pfaffenhofen  
T 08441 4025-0  
Lenbachstraße 40, 86529 Schrobenhausen  
T 08252 8946-0  
Geseniusstr. 18b, 99734 Nordhausen  
T 03631 462560  
Werlbergerstraße 11, 86551 Aichach  
T 08251 86339-0  
www.topjus.de