



Editorial

Produktbezogene Ausschreibung: Dieser Dauerbrenner im Vergaberecht ...

... beschäftigt immer wieder die Nachprüfungsbehörden. In diesem Newsletter besprechen wir u. a. eine aktuelle Entscheidung der VK Sachsen, welche in vorbildlicher Weise die Voraussetzungen für eine Abweichung vom Grundsatz der Produktneutralität und die damit verbundenen Dokumentationspflichten darlegt. Ein Dauerbrenner ist auch die Frage, wann Willenserklärungen wirksam zugestellt werden. Hier hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) in einer Entscheidung aus diesem Jahr grundlegende Ausführungen zur wirksamen Zustellung von Einwurf-Einschreiben gemacht, die wir ebenfalls kommentieren. Ansonsten enthält dieser Newsletter – wie immer – eine bunte Mischung von Entscheidungen, welche vor allen Dingen die Baubranche interessieren dürften. So geht es u. a. um das Thema, wie vertraglich vereinbarte Leistungen abzurechnen sind, deren Nichtausführung vom Auftraggeber angeordnet wurde. Des Weiteren untersuchen wir die Frage, wie erbrachte Bauleistungen nach den Aufmaßregeln der VOB/C ermittelt und abgerechnet werden. Aus dem öffentlichen Baurecht stammt eine Entscheidung, wann die Baubehörde bei der Verletzung von Abstandsflächen eingreifen muss. Schließlich diskutieren wir eine Frage von allgemeiner Bedeutung, nämlich unter welchen Umständen Preisanpassungsklauseln zwischen Kaufleuten wirksam sind.

Wir dürfen im Übrigen auf unser Schulungsprogramm für das zweite Halbjahr 2024 hinweisen, welches diesem Newsletter beigelegt ist.

Schließlich dürfen wir auf unser Seminarprogramm verweisen, welches am Ende dieses Newsletters abgedruckt ist.

Wir wünschen nutzbringende Lektüre,

Dr. Ulrich Dieckert
Rechtsanwalt



Aktuelles

Dauerbrenner: Wirksame Zustellung von Willenserklärungen

Wir haben uns in den vorangegangenen Newslettern immer wieder mit der Frage der wirksamen Zustimmung von Willenserklärung auseinandergesetzt. Zuletzt ging es dabei um die Beweislast bei der Übermittlung von E-Mails. Aber auch beim klassischen Schriftverkehr gibt es immer wieder Streit, ob die abgesendeten Briefe auch rechtzeitig beim Empfänger angekommen sind.

Das Bundesarbeitsgericht hat nun in einem Urteil vom 20.06.2024 festgestellt, dass ein Beweis des ersten Anscheins dafür besteht, dass Bedienstete der Deutschen Post AG Briefe zu den postüblichen Zeiten zustellen. Gegenstand der Entscheidung war eine Klage eines Arbeitnehmers, der behauptete, das als Einwurf-Einschreiben verschickte Kündigungsschreiben seines Arbeitgebers sei viel zu spät in seinen Hausbriefkasten gelegt worden, sodass er vom Inhalt des Schreibens erst am nächsten Tag hätte Kenntnis nehmen konnte, was Auswirkungen auf die Kündigungsfristen habe. Diese Behauptung ließ in letzter Instanz das Bundesarbeitsgericht nicht gelten. Ob die Möglichkeit der Kenntnisnahme besteht, ist nach den gewöhnlichen Verhältnissen und den Gepflogenheiten des Verkehrs zu beurteilen und nicht nach den individuellen Verhältnissen des Empfängers. Wenn für den Empfänger unter solchen „gewöhnlichen Verhältnissen“ die Möglichkeit der Kenntnisnahme besteht, seien individuelle Hindernisgründe unerheblich. Nach Auffassung des BAG besteht ein Beweis des ersten Anscheins, dass Bedienstete der Deutschen Post AG Briefe zu den postüblichen Zeiten zustellen, sodass davon auszugehen sei, dass der Empfänger die Schreiben noch am selben Tag zur Kenntnis nehmen kann. Der klagende Arbeitnehmer habe es mit seinem Vortrag nicht vermocht, diesen Beweis des ersten Anscheins zu erschüttern.

Auf einen solchen „Anscheinsbeweis“ sollten es die Absender wichtiger Willenserklärungen aber nicht ankommen lassen. Besser ist es, wenn man in einem Streit über den Eingang eines Einwurf-Einschreibens den Einlieferungsbeleg des Zustellers vorlegen kann. Denn wie das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg in einem Urteil vom 12.12.2023 entschieden hat, reicht die Vorlage eines Einlieferungsbeleges der Post und der Sendungsstatus der Post nicht aus, um den rechtzeitigen Zugang des Schriftstückes beweiskräftig zu belegen. Nur der Auslieferungsbeleg, auf dem Zeit und Ort des Einwurfs sowie das Namenszeichen des Zustellers festgehalten sind, ist ein tauglicher Beleg. Ist auf diese Weise der Zugang beweiskräftig nachgewiesen, kann ein einfaches Bestreiten des Inhaltes des zugestellten Schriftstückes nicht ausreichend sein. Will man als Absender eines Schreibens aber auch den Inhalt des zuzustellenden Schreibens rechtskräftig dokumentieren, wäre die Beauftragung eines Boten oder eines Gerichtsvollziehers, welchen man auch den Inhalt des Schreibens zur Kenntnis gibt, eine rechtssichere Alternative.

Dr. Ulrich Dieckert
Rechtsanwalt

Wichtige Entscheidungen

Gründe für eine produktbezogene Ausschreibung müssen in der Vergabeakte dokumentiert sein

1. Das Gebot der produktneutralen Ausschreibung ist eine der Grundsäulen des diskriminierungsfreien Wettbewerbs. Nach § 7 EU Abs. 2 Satz 1 VOB/A dürfen grundsätzlich keine bestimmten Erzeugnisse, Verfahren, Ursprungsorte usw. durch den öffentlichen Auftraggeber vorgegeben werden. Durch diesen Grundsatz wird das Bestimmungsrecht des Auftraggebers eingeschränkt, um eine grundlose Wettbewerbsverengung durch Produkt- bzw. herstellerbezogene Leistungsbeschreibungen zu verhindern.

2. Eine Ausnahme vom Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung ist möglich, wenn dies durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, § 7 EU Abs. 2 Satz 1 VOB/A. Das ist der Fall, wenn vom Auftraggeber nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe angegeben worden sind, die Bestimmung willkürfrei getroffen worden ist, solche Gründe tatsächlich vorhanden sind und die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert.

3. Die aus dem Auftragsgegenstand abgeleiteten Sachgründe für eine konkrete Produktvorgabe und der Willensbildungsprozess des Auftraggebers müssen in der Vergabeakte nachvollziehbar dokumentiert werden. Aus der Dokumentation müssen sich das Vorhandensein der Gründe und die daran anknüpfende Entscheidung des Auftraggebers für einen unbefangenen Dritten nachvollziehbar erschließen lassen.

(VK Sachsen, Beschluss vom 25.08.2023, 1/SVK/019-23)

In einem euroweitem Vergabeverfahren über Gebäudeautomation schreibt der öffentliche Auftraggeber für die Automationsstationen ein bindend einzusetzendes Fabrikat vor. Diese Vorgabe wird von einem Bieter als vergaberechtswidrig gerügt, weil damit ein Verstoß gegen die Pflicht zur produktneutralen Ausschreibung vorläge. Die Vergabestelle weist die Rüge zurück, weil technische Zwänge und besondere wirtschaftliche Gründe (hoher Ersatzteilkhaltungs-, Wartungs- und Schulungsaufwand) vorlägen, welche eine Beschränkung des Wettbewerbs rechtfertigen würden. Daraufhin stellt der Bieter Nachprüfungsantrag vor der Vergabekammer Sachsen und bestreitet darin die von der Vergabestelle genannten Gründe.

Die Entscheidung der Vergabekammer

Die VK Sachsen gibt dem Nachprüfungsantrag des Bieters statt. In der Entscheidungsbegründung setzt sich die Vergabekammer in lesenswerter Weise mit den Voraussetzungen des § 7 EU Abs. 2 Satz 1 VOB/A auseinander. Insbesondere rekapituliert die Vergabekammer die bisherige Rechtsprechung, mit welcher Ausnahmen vom Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung gerechtfertigt wurden. Das ist u. a. dann der Fall, wenn vom Auftraggeber objektive und auftragsbezogene Gründe in nachvollziehbarer Weise angegeben worden sind und solche Gründe auch tatsächlich bestehen. Solche Ausnahmen können beispielsweise auf die besondere Aufgabenstellung, auf technische Zwänge, auf die Nutzung der Sache, auf gestalterische Anforderungen und/oder besondere Aspekte zurückzuführen seien. Die Wirtschaftlichkeit kann berührt sein, wenn eine produktneutrale Beschaffung unvermeidbar hohe Belastungen infolge besonders hoher Aufwände für die Ersatzteilkhaltung, den Wartungs- oder Schulungsaufwand erfordern würde.

All dies sieht die Vergabekammer im vorliegenden Fall aber für nicht gegeben. Die darlegungsbelastete Vergabestelle habe keine nachvollziehbaren objektiven und auftragsbezogenen Gründe

angegeben, welche die von der Rechtsprechung aufgestellten Anforderungen für die Rechtfertigung einer Herstellervorgabe erfüllen. Insbesondere seien die Ausführungen der Vergabestelle im Vergabevermerk zur Rechtfertigung der Produktvergabe unzureichend und zum Teil auch objektiv falsch. Damit habe die Vergabestelle gegen ihre Pflicht verstoßen, die aus dem Auftragsgegenstand abgeleiteten Sachgründe für eine konkrete Produktvergabe und ihren Willensbildungsprozess in der nach § 8 Abs. 1 VgV zu führenden Vergabeakte nachvollziehbar zu dokumentieren. Aus einer solchen Dokumentation müssen sich nach Auffassung der Vergabekammer das Vorhandensein sachlicher Gründe und die daran anknüpfende Entscheidung des Auftraggebers für einen unbefangenen Dritten nachvollziehbar erschließen. Fehlt es daran, verstößt die Produktvergabe bereits wegen der mangelhaften Dokumentation gegen § 7 EU Abs. 1 VOB/A.

Praxishinweis

Der Streit um produktbezogene Vorgaben bei Bauvergaben ist und bleibt ein Dauerbrenner. Diese sind nur zulässig, wenn dies durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist (vgl. § 7 EU Abs. 2 Satz 1 VOB/A). Die VK Sachsen stellt in ihrer Entscheidung zum wiederholten Male klar, dass hieran hohe Anforderungen zu stellen sind. Dabei müssen die vom Auftraggeber genannten Gründe nicht nur objektiv vorhanden und von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung sein. Sie müssen darüber hinaus im Vergabevermerk nachvollziehbar hinterlegt sein, wobei sich aus der Akte auch der Willensbildungsprozess des Auftraggebers ergeben muss. Fehlt es hieran, dann führt bereits dieser Formverstoß zu einer unzulässigen Produktvergabe. Vergabestellen ist zu raten, die Gründe für die Vorgabe bestimmter Produkte nicht nur hinreichend zu dokumentieren, sondern diese auch in Vorbemerkungen zu den jeweiligen Abschnitten des Leistungsverzeichnisses deutlich zu machen, um möglichen Nachprüfungsverfahren vorzubeugen. Bietern ist zu raten, spezifische Produktvorgaben kritisch zu hinterfragen, ob die genannten (oder mutmaßlichen) Gründe wirklich nachvollziehbar und berechtigt sind und ob der Wettbewerb dadurch nicht in unzumutbarer Art und Weise eingeschränkt wird. Da es sich jeweils um Einzelfallbetrachtungen handelt, wird der Beschluss der VK Sachsen dies nicht die letzte Entscheidung zu dieser Problematik gewesen sein.

Dr. Ulrich Dieckert
Rechtsanwalt

Angeordneter Leistungsentfall ist keine Mengenminderung!

Ordnet der Auftraggeber nachträglich den Wegfall einzelner Leistungen eines Einheitspreisvertrags an und kommen diese dann letztlich einvernehmlich nicht zur Ausführung, liegt keine Mindermenge gem. § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B vor. Für die Abrechnung der hierdurch entfallenen Leistungen kommt nur eine Abrechnung nach § 8 VOB/B bzw. § 648 BGB (analog) in Betracht.

(OLG Hamm, Urteil vom 05.07.2024 – 12 U 95/22)

Der AG beauftragt den AN unter Geltung der VOB/B mit dem Einbau von Fenstern. Die Abrechnung soll nach vereinbarten Einheitspreisen erfolgen. Der AG nimmt später von der Ausführung zweier EP-Positionen Abstand, weil anstelle der ursprünglich geplanten Fenster nun Lüftungsgitter montiert werden sollen.

Der AN hatte das Material bereits gekauft und macht die hierfür angefallenen Kosten klageweise geltend. Das Landgericht weist die Klage des AN mit der Begründung ab, der AN habe die Voraussetzungen einer Preisanpassung gem. § 2 Abs. 3 VOB/B nicht hinreichend dargelegt.

Entscheidung des Gerichts

Die hiergegen gerichtete Berufung hat Erfolg. Nach Auffassung des OLG Hamm kommt es auf § 2 Abs. 3 VOB/B bei der Abrechnung gar nicht an, sondern auf § 8 Abs. 1 VOB/B bzw. § 648 BGB.

Es kann bei nachträglich entfallenen Leistungen – selbst bei „Nullpositionen“ – zwar ein Anspruch nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B bestehen. Das gilt jedoch nicht, wenn der AG auf die Ausführung einer bestimmten Position verzichtet. § 2 Abs. 3 VOB/B ist anwendbar, wenn das vertragliche Äquivalenzverhältnis gestört ist, wie es bei einer (unwillkürliche) Mengenminderung der Fall ist. Bei einer willkürlichen Mengenminderung, die auf der einseitigen Anordnung des AG basiert, liegt jedoch gerade keine solche Äquivalenzstörung vor. Denn die betreffenden LV-Positionen sind nicht aufgrund einer Fehleinschätzung der vertraglichen Mengenvordersätze entfallen, sondern auf einseitige Veranlassung des AG, der von den Leistungen Abstand nahm und sich – hier zugunsten anderer Leistungen in Form von Lüftungsgittern – später umentschieden hat.

Wenn aber die vertraglich vorgesehenen Mengen nicht aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten entfallen, sondern allein auf Veranlassung des AG, sei dies mit der Sachlage bei einer „freien“ Kündigung des Auftraggebers vergleichbar. Dies führe – zumindest in analoger Anwendung – zu einer Abrechnung nach § 8 VOB/B bzw. § 648 BGB, wonach der AN Anspruch auf die vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen hat. Da die Materialkosten hier nicht erspart wurden, konnte der AN (auch) diese vom AG erstattet verlangen.

Praxishinweis

Die Entscheidung enthält eine begrüßenswerte Klarstellung zum Anwendungsbereich von § 2 Abs. 3 VOB/B, nämlich, dass die Regelung eben nur bei „zufälligen“ Mengenabweichungen anwendbar ist. Die erwähnte „Äquivalenzstörung“ bezieht sich auf das (ursprüngliche) Verhältnis von vereinbartem Baupreis und der dafür vorgesehenen Leistung. Dies muss bei § 2 Abs. 3 VOB/B infolge einer vorherigen Fehleinschätzung der für die Ausführung als erforderlich betrachteten Mengen („Mengenvordersatz“) gestört sein. Hieran fehlt es aber, wenn sich die Mengen einer bestimmter LV-Position aus Umständen ändern, die der AG selbst veranlasst hat, indem er ihm einseitig bauvertraglich eingeräumten Befugnisse ausübt und in den Leistungsinhalt eingreift.

Solche einseitigen „Eingriffe“ des AG sind nicht nur – wie hier – durch ganzen oder teilweisen Leistungszug denkbar, sondern gleichermaßen auch durch die Anordnung von Nachtragsleistungen, mit denen der bisherige Bauentwurf inhaltlich geändert und/oder durch zusätzliche Leistungen erweitert wird. Auch wenn dann oberflächlich betrachtet „mehr“ von der in einer LV-Position beschriebenen Leistung erbracht werden soll, liegt dennoch keine Mengenabweichung nach § 2 Abs. 3 VOB/B vor, sondern eine Nachtragsleistung, die nach § 2 Abs. 5/6 VOB/B abzurechnen ist, und zwar übrigens nicht erst ab einer Mengenabweichung von mehr als 10 % des Vordersatzes, sondern hinsichtlich der vollen Menge der Nachtragsleistung.

Insofern müssen die Bauvertragsparteien die in der Praxis häufig zu beobachtende Behandlung solcher Sachverhalte nach § 2 Abs. 3 VOB/B ebenso wenig akzeptieren wie eine veränderte Mengenzuordnung unter eine vertragliche LV-Position („Leistungsverschiebung“) mit dem dort vereinbarten Einheitspreis. Stattdessen ist die Nachtragsleistung (nach ganz überwiegender Auffassung in Literatur und Rechtsprechung) nach § 650c Abs. 1 BGB anhand der „tatsächlich erforderlichen Mehr- oder Minderkosten“ mit angemessenen Zuschlägen für AGK, Wagnis und Gewinn zu berechnen, sofern die Parteien keine andere Berechnungsmethode vereinbart haben.

Ermittlung der Leistung nach den Aufmaßregeln der VOB/C

1. Die gewerbliche Verkehrssitte ist nur dann von entscheidender Bedeutung, wenn der Wortlaut sowie Sinn und Zweck der Regelung nicht zu einem eindeutigen Auslegungsergebnis führen.

2. Wird die VOB/C in einen Vertrag mit einem "Nicht-Bauunternehmer" einbezogen, ist bei der Auslegung der Abrechnungsbestimmungen in Abschnitt 5 der Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen (ATV DIN 18299 ff.) nicht auf die Verkehrssitte unter Vertragspartnern des Baugewerbes abzustellen. Vielmehr ist entscheidend, wie ein verständiger, redlicher und rechtlich nicht vorgebildeter "Nicht-Bauunternehmer" die maßgeblichen Regelungen ausgehend vom Wortlaut sowie von Sinn und Zweck her verstehen muss.

3. Bei der Beurteilung der Fläche von Aussparungen im WDVS ist auf den fehlenden Teil der zu verputzenden Fassade abzustellen und nicht auf die Art der Ausfüllung der Aussparung. Dieses Verständnis gilt jedenfalls so lange, wie sich die gestalterisch uneinheitliche Ausfüllung der Aussparung nicht in einer uneinheitlichen Ausführung der Aussparungsgrenzen niederschlägt.

(OLG Köln, Beschluss vom 13.09.2021 – 7 U 128/20; BGH, Beschluss vom 05.07.2023 – VII ZR 853/21 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen))

Gemäß Ziffer 5.1. der ATV DIN 18345 sind der Ermittlung der Leistung – gleichgültig, ob sie nach Zeichnung oder nach Aufmaß erfolgt – für WDVS die Maße der verputzten/belegten Oberflächen zugrunde zu legen. Zur Leistungsermittlung sind die Übermessenregeln und Einzelregelungen anzuwenden. Übermessen werden gemäß Ziffer 5.3.1 der ATV DIN 18345 bei Abrechnung nach Flächenmaß, Aussparungen, z.B. Öffnungen, Nischen, Brandbarrieren mit einer Einzelgröße kleiner 2,5 m². Dabei werden gemäß Ziffer 5.2.3 der ATV DIN 18345 unmittelbar zusammenhängende, verschiedenartige Aussparungen, z.B. Öffnung mit angrenzender Nische, getrennt gerechnet. Aussparungen sind bei Flächen nicht zu behandelnde bzw. nicht herzustellende Teile und entstehen z. B. durch Öffnungen (auch raumhoch), Durchbrüche, Durchdringungen, Nischen usw. In dem entschiedenen Fall ging es um die Größe von Aussparungen für dreiteilige Fensterelemente. Diese Fensterelemente hatten links und rechts eine Verglasung, das mittlere Element war als Blindelement ausgebildet und nicht als Fenster.

Der Auftragnehmer hatte argumentiert, dass dieses mittlere Blindelement technisch gesehen ein zurückspringender Teil der Fassade sei. Die beiden Fensterelemente links und rechts waren < 2,5 m² und seien deshalb zu übermessen. Der mittlere Teil sei als Nische in der Fassade anzusehen, die die beiden Fensterelemente trenne. Die Größe dieser Nische lässt sich dem Urteil nicht entnehmen.

Die Entscheidung des Gerichts

Der Auftragnehmer hatte sich auf einen Kommentar zur VOB/C bezogen, der seine Meinung gestützt hat. Das Gericht erklärte dazu, dass es nicht auf eine technische Betrachtungsweise etwa in Kommentaren ankommt, ebenso nicht darauf, wie ein Gutachter die Regelung interpretiere. Maßgeblich sei, wie die Regelungen für einen nicht im Baugewerbe tätigen Bauherrn zu verstehen sind.

Das Gericht stellt darauf ab, dass eine räumlich zusammenhängende Aussparung hergestellt wurde und nicht zwei Aussparungen und eine Nische. Abzustellen sei auf die Aussparung in dem WDVS, d. h. auf dem Teil der zu verputzenden Fassade, der fehlt, und nicht auf die Ausfüllung der Aussparung durch verschiedenartige Elemente, weil sich die gestalterisch uneinheitliche Ausfüllung der Aussparung nicht in einer uneinheitlichen Ausführung der Aussparungsgrenzen niederschlägt. Aus der Perspektive einer mit evtl. abweichenden Gepflogenheiten im Baugewerbe nicht vertrauten Vertragspartei komme es darauf an, ob die Aussparung im WDVS als solche als einheitlich zu erachten ist, solange die Unterteilung der ausfüllenden Elemente nicht den Herstellungsaufwand des Auftragnehmers beeinflusse.

Praxishinweis

Im vorliegenden Fall hatte der Auftraggeber, ein privater Investor, die Geltung der VOB/C im Vertrag vorgegeben. Das Gericht sieht hier einen Unterschied im Rahmen der Auslegung einer unklaren Vorschrift in den ATV und hält es für möglich, dass das Ergebnis anders ausfallen könnte, wenn zwei Baufirmen die VOB/C miteinander vereinbaren und es eine entsprechende „gewerbliche Verkehrssitte“ geben würde, die der Interpretation des Auftragnehmers entspreche.

Ein ähnliches Thema gibt es bei der Frage, ob „raumhohe Öffnungen“ übermessen werden dürfen. Wer nicht selbst Trockenbauer oder Maler ist, wird diese Frage wahrscheinlich verneinen. Es liegt einfach eine Unterbrechung der Wand vor und keine Öffnung. Trotzdem regeln einige ATV, solche raumhohen Öffnungen von weniger als 2,5 m² Fläche seien zu übermessen. Für die Anwendung der 2,5-m²-Regelung z. B. in Ziffer 5.3.1 der DIN 18330 oder DIN 18340 bei der Übermessung von Öffnungen komme es nicht darauf an, ob die Flächen irgendeine materialbezogene Verbindung miteinander haben (VOB-Stelle Niedersachsen, Entscheidung vom 28.05.2014 – Fall 1713). Auch hier liegt zwar eine gewerbliche Verkehrssitte in der Bauwirtschaft vor, ob das aber ein Bauherr, der nicht aus der Bauwirtschaft kommt, ebenso verstehen muss, ist fraglich. Vielleicht wäre es besser, wenn sich die Abrechnungsregeln stärker an dem orientieren, was für einen durchschnittlichen Bauherrn nachvollziehbar ist.

Wenn wir einen privaten Bauherrn haben und die Geltung der VOB/B und damit auch der VOB/C nicht vom Auftraggeber vorgeschlagen wurde, dann muss jedem Auftragnehmer klar sein, dass die Übermessungsregeln nicht ohne Weiteres anwendbar sind. Ein Trockenbauer müsste dem privaten Auftraggeber nicht nur die VOB/B aushändigen, sondern außerdem auch die DIN 18299 und zusätzlich die DIN 18340 (wenigstens die maßgeblichen Abrechnungsregeln). Selbst dann ist aber nicht gewährleistet, dass der private Bauherr die Regelungen genauso verstehen muss, wie die existierende gewerbliche Verkehrssitte ist. Ein Auftragnehmer, der hier sichergehen will, muss vorher klären, wie abgerechnet werden soll oder vereinbart am besten einen Pauschalpreis.

Hendrik Bach
Rechtsanwalt

Wann muss die Baubehörde bei der Verletzung von Abstandsflächen eingreifen?

Die Baubehörde ist bei Bekanntwerden einer Verletzung von Abstandsflächen bei einem bereits errichteten Gebäude nicht unbedingt zum Einschreiten verpflichtet. Nur dann, wenn ein Abstandsflächenverstoß zu einer erheblichen Beeinträchtigung führt und eine konkrete, nicht anders abwendbare Gefahr für hochrangige Rechtsgüter besteht, muss die Behörde handeln.

(VGH Bayern, Beschluss vom 29.01.2024 – 1 ZB 22.2090)

Nachbar 1 errichtet an der Grundstücksgrenze zu seinem Nachbarn 2 einen grenzständigen Schuppen. Dieser wäre eigentlich genehmigungsfrei. Gemeinsam mit der schon vorhandenen Garage befindet sich dadurch aber entlang der Grenze angeblich mehr als 11 m Grenzbebauung, obgleich nach Bauordnung an einer Grenze nur 9 m zulässig sind. Nachbar 2 beantragt bei der zuständigen Bauaufsichtsbehörde daher bauaufsichtliches Einschreiten. Die Bauaufsichtsbehörde lehnt es jedoch ab, gegen Nachbar 2 vorzugehen, woraufhin Nachbar 1 vor das Verwaltungsgericht zieht und die Behörde zum Handeln verpflichten will.

Entscheidung des Gerichts

Das Verwaltungsgericht weist die Klage ab und führt zur Begründung aus, es könne offenbleiben, ob überhaupt ein Verstoß gegen Abstandsflächenrecht vorliege, da jedenfalls kein Anspruch auf Einschreiten bestehe. Dazu bedürfe es einer „Ermessensreduzierung auf null“, die hier nicht vorliege. Nachbar 1 legt Berufung ein. Der VGH Bayern weist die Berufung zurück.

Zur Begründung führt der VGH aus, dass die Baubehörde nicht bei jeder ihr bekannten Verletzung baurechtlicher Vorschriften einschreiten muss. Das gilt auch für sogenannte „nachbarschützende Vorschriften“. Die Beeinträchtigung des Nachbarn 1 durch die Rechtsverletzung müsse einen erheblichen Grad erreichen. Eine solche konkrete und erhebliche Beeinträchtigung bei Nachbar 1 erkennt der VGH nicht. Die Grenzbebauung betreffe einen Bereich des Gartens, der weniger zur Aufenthalts- oder sonstigen Nutzung geeignet ist. Die Schutzzwecke des Abstandsflächenrechts sei kaum betroffen.

Praxishinweis:

Es ist bekannt, dass die Baubehörden im Genehmigungsverfahren stark auf die Einhaltung der Abstandsflächen achten. Das ist auch richtig, denn bei einer Verletzung von Abstandsflächenvorschriften, etwa einer unberechtigt erteilten Abweichung, kann der Nachbar gegen die Baugenehmigung klagen. Die Situation im Baugenehmigungsverfahren ist aber eine völlig andere als später, wenn die Baubehörde im Nachhinein von einem Verstoß erfährt (sei es bei einer Abweichung von den genehmigten Bauvorlagen oder Verstößen bei einem genehmigungsfreien Vorhaben).

Die Behörde darf zwar keine rechtswidrigen Genehmigungen erteilen, sie muss nicht aktiv jegliche Verstöße verfolgen.

Der betroffene Nachbar kann jedoch zivilrechtlich gegen rechtswidrige Vorhaben auf dem Nachbargrundstück vorgehen. Zu den Schutzgesetzen i. S. v. § 823 Abs. 2 BGB, deren Verletzung ein Grundstückseigentümer gemäß § 1004 Abs. 1 BGB abwehren kann, gehören auch die Vorschriften des Bauordnungsrechts über den Grenzabstand, weil sie auch dem Interesse des Nachbarn an ausreichender Belichtung und Belüftung seines Grundstücks, an einem freien Ausblick und an der Vermeidung von Lärmmissionen dienen (etwa AG Brandenburg, Urteil vom 17.12.2021 – 31 C 220/21 wegen einer Garage an der Grenze). Gegen ein erst beabsichtigtes baurechtswidriges Vorhaben kann auch eine einstweilige Verfügung beantragt werden.

Hendrik Bach
Rechtsanwalt

Zur Wirksamkeit von Preisanpassungsklauseln zwischen Kaufleuten

Eine Preisanpassungsklausel in einem Wartungsvertrag, nach der sich die Erhöhung des Leistungsentgelts am Index der Erzeugerpreise gewerblicher Produkte und dem Tarifindex für Arbeitnehmer des Deutschen Statistischen Bundesamts orientiert, ist als AGB gegenüber Kaufleuten wirksam, auch wenn für den (nicht zu erwartenden) Fall des Absinkens der Indices eine Preisanpassung „nach unten“ nicht vorgesehen ist.

(OLG Bremen, Urteil vom 01.04.2022 – 2 U 40/21 (Nichtzulassungsbeschwerde vom BGH zurückgewiesen))

In Wartungsverträgen für Windkraftanlagen ist vom Anbieter neben dem Grundpreis und anderen Preisbestandteilen eine jährliche Preisanpassung vorgesehen, die sich an vereinbarten Indices orientiert. Dabei sind nur steigende Betriebskosten im Lohn- und Materialkostenbereich zu berücksichtigen. Nachdem die Betreiber über eine Laufzeit von drei Jahren diese Erhöhungen vorbehaltlos gezahlt haben, wenden sie ein, es handle sich bei den Preisanpassungsklauseln um unwirksame Allgemeine Geschäftsbedingungen und verlangen Rückerstattung der erhöhten Entgelte. Sie machen geltend, die Klauseln seien intransparent und würden eine unangemessene Benachteiligung enthalten, da lediglich eine Preiserhöhungsmöglichkeit, aber nicht auch eine Pflicht zur Preissenkung niedergelegt sei.

Die Entscheidung des Gerichts

Die Entscheidung aus dem Jahr 2022 wurde erst jetzt veröffentlicht, nachdem der BGH die Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen hat. Zum Verständnis des Falles muss man wissen, dass es relativ wenig Rechtsprechung zu Preisanpassungsklauseln gibt und sich die Kläger auf eine Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2010 bezogen haben, in der es damals um die Preisanpassung bei einem Gaslieferungsvertrag ging (BGH, Urteil vom 24.03.2010 – VIII ZR 178/08).

In dieser Entscheidung (die allerdings Vertragsbedingungen gegenüber Verbrauchern betraf) hatte der BGH hohe Anforderungen an die Klarheit der Kostenfaktoren und ihren Einfluss auf die Preisanpassung formuliert und außerdem erklärt, dass eine Klausel, die nur Preiserhöhungen, aber keine Preisreduzierung bei sinkenden Bezugskosten vorsehe, unwirksam sei.

Das OLG Bremen hält die konkreten Klauseln für transparent. Die Erhöhung beziehe sich nach dem eindeutigen Wortlaut sowohl auf den (ertragsorientierten) Grundpreis als auch auf den (bezahlten) Mindestpreis. Es liege keine Kostenelementeklausel vor, weil es nicht auf die beim Hersteller konkret anfallenden Kosten ankomme, sondern eine Erhöhung nur nach Maßgabe der in Bezug genommenen Indices erfolgen solle. Der Ausschluss von möglichen Senkungen sei kein Verstoß gegen das Äquivalenzprinzip und stelle gegenüber einem Kaufmann keine unangemessene Benachteiligung dar. Man könne im Rechtsverkehr zwischen Unternehmen davon ausgehen, dass ein gewerbliches Unternehmen einer ihm gegenüber verwendeten Preisanpassungsklausel besondere Aufmerksamkeit schenkt. Außerdem hätte der Betreiber das Recht gehabt, bei einer Preisanpassung den Wartungsvertrag zu kündigen und so die Erhöhung zu vermeiden.

Praxisinweis:

Preisanpassungsklauseln, die auf der Änderung von bestimmten Kostenfaktoren basieren, etwa Einkaufspreise für Rohstoffe, sind schwierig zu formulieren, weil die Ermittlung der Preisveränderung für den Vertragspartner transparent sein muss. Dieses Problem wird umgangen, wenn auf amtliche Indices abgestellt wird. Diese spiegeln zwar nicht direkt die konkrete Situation des Unternehmens wider, sind aber einfacher in der Handhabung.

Erstmals hat ein Oberlandesgericht klargestellt, dass die Preisanpassungsklausel gegenüber Kaufleuten nicht unbedingt in beide Richtungen offen sein muss. Das ist zu begrüßen, denn anders als beim Einkaufspreis für bestimmte Rohstoffe (der meist steigt, durchaus aber auch fallen kann) ist es sehr selten, dass die allgemeinen Indices tatsächlich einmal fallen.

Das Sonderkündigungsrecht des Kunden hat ebenfalls eine Rolle gespielt, dass die Gesamtregelung nicht als unangemessene Benachteiligung gewertet wurde. Dies ist übrigens ein Gedanke, der auch in anderen Entscheidungen relevant war. Eine Benachteiligung an einer Stelle kann durch eine Regelung, die den Vertragspartner an anderer Stelle gegenüber der gesetzlichen Regelung bevorteilt, ganz oder teilweise ausgeglichen werden.

Hendrik Bach
Rechtsanwalt

Ausschluss von Vergabeverfahren wegen Schlechtleistungen bei einem früheren öffentlichen Auftrag

1. Gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB kann der öffentliche Auftraggeber ein Unternehmen von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen, wenn dieses eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt hat und dies zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadensersatz oder zu einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt hat.

2. Die mangelhafte Erfüllung eines früheren Auftrages muss in einer erheblichen oder fortdauernden Vertragspflichtverletzung bestanden haben. Eine erhebliche Vertragspflichtverletzung liegt dann vor, wenn die mangelhafte Leistung den öffentlichen Auftraggeber in tatsächlicher und finanzieller Hinsicht deutlich belastet.

3. Eine wesentliche vertragliche Pflichtverletzung kann auch dann vorliegen, wenn gegen wesentliche Nebenpflichten verstoßen worden ist. Denkbar sind auch Verstöße gegen eine Verpflichtung zur Vertraulichkeit oder gegen wesentliche Sicherheitsauflagen.

(VK Bund, Beschluss vom 29.02.2024 (VK 1-12/24))

In einem europaweiten Vergabeverfahren über die Erbringung von Bauleistungen wird ein Bieter von der Vergabestelle wegen Schlechtleistungen in einem vorangegangenen Bauvorhaben ausgeschlossen. Dieser Vertrag war wegen Pflichtverletzungen des vormaligen Auftragnehmers/ und jetzigen Bieters seitens des öffentlichen Auftraggebers gekündigt worden. Der Auftragnehmer hatte sich gegen diese Kündigung seinerzeit nicht gewehrt, sondern seine Schlechtleistung bedauert und sich gegenüber dem Auftraggeber verpflichtet, diesem alle Schäden zu ersetzen. Nach seinem Ausschluss aus dem laufenden Vergabeverfahren will der Bieter davon aber nichts mehr wissen und stellt Nachprüfungsantrag.

Die Entscheidung der Vergabekammer

Die vom Bieter angerufene Vergabekammer des Bundes weist den Nachprüfungsantrag zurück. In der Entscheidungsbegründung setzt sich die Vergabekammer lesenswert mit den Voraussetzungen des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB auseinander, welche sich auch in § 6e EU Abs. 6 Nr. 7 VOB/A wiederfinden. Danach kann der öffentliche Auftraggeber ein Unternehmen von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen, wenn das Unternehmen eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrages erheblich oder fortdauernd mangelhaft

erfüllt und dies zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadensersatz oder zu einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt hat.

Die Vergabekammer stellt im vorliegenden Fall fest, dass die Vergabestelle aufgrund des bisherigen Verhaltens des Bieters/vormaligen Auftragnehmers davon ausgehen durfte, dass es in dem betreffenden Vertragsverhältnis zu wesentlichen Pflichtverletzungen seitens des Auftragnehmers gekommen ist, die die geschuldete vertragsgerechte Erfüllung infrage gestellt haben. Auch hätten die vom Auftragnehmer zu vertretenden (und von ihm seinerzeit anerkannten) Verzögerungen im Bauablauf auch in tatsächlicher Hinsicht zu erheblichen wirtschaftlichen Belastungen des Auftraggebers geführt (z. B. Kosten der Ersatzvornahme). Nach Auffassung der Vergabekammer sind auch wesentliche vertragliche Anforderungen und Pflichten verletzt worden und nicht nur unwesentliche Nebenpflichten, da es sich bei der Einhaltung von vereinbarten Terminen um Hauptpflichten handelt. Vorliegend sei dem Auftragnehmer auch rechtswirksam gekündigt worden. Nicht erforderlich sei, dass die Berechtigung der aus der Vertragspflichtverletzung gezogenen Rechtsfolge gerichtlich bestätigt wird, insbesondere dann, wenn die Kündigung vom Auftragnehmer – wie hier – akzeptiert wurde. Die Vergabestelle habe im Rahmen ihrer Ermessensausübung eine Prognoseentscheidung zu treffen, ob vom Bieter künftig trotz Vorliegens des fakultativen Ausschlussgrundes eine sorgfältige, ordnungsgemäße und gesetzestreue Auftragsdurchführung zu erwarten ist. Bereits die Schlechterfüllung im Rahmen eines zurückliegenden Bauvorhabens rechtfertigt die Annahme einer ungünstigen Prognose mit Blick auf zukünftige Auftragsdurchführungen durch den Bieter. Da die Tatbestandsvoraussetzungen unstreitig vorliegen, hat die Vergabestelle nach Auffassung der Vergabekammer hier eine zulässige Ermessensentscheidung getroffen.

Praxishinweis

Der Vergabestelle hat im vorliegenden Fall in die Karten gespielt, dass der Bieter und frühere Auftragnehmer sich gegen die im vorangegangenen Bauvorhaben ausgesprochene Kündigung nicht gewehrt, sondern diese anerkannt hatte. Besteht über die Rechtmäßigkeit der Kündigung hingegen Streit und ist ein diesbezügliches gerichtliches Verfahren noch nicht abgeschlossen, dann ist es für Vergabestellen ungleich schwerer, sich auf diesen Ausschlussgrund zu berufen. Zwar muss nach Auffassung der VK Bund kein rechtskräftiges Urteil vorliegen. Gleichwohl muss sich die Vergabestelle in einem solchen Fall intensiver mit dem Für und Wider eines Ausschlusses und den Argumenten des Bieters in Bezug auf seine Zuverlässigkeit auseinandersetzen. Das war vorliegend schon deshalb nicht nötig, weil der Bieter/Auftragnehmer seine damaligen Verstöße selbst eingräumt hatte.

Dr. Ulrich Dieckert
Rechtsanwalt