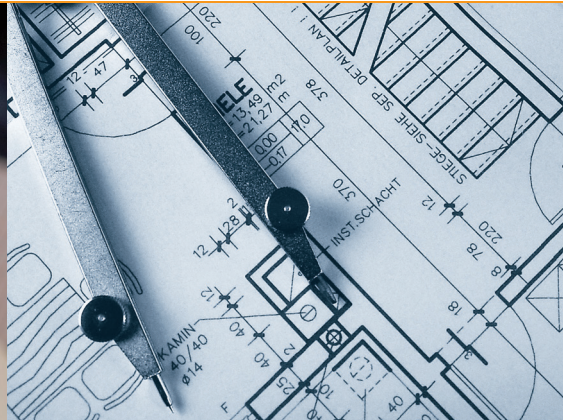


KNH

Rechtsanwälte



# Newsletter

April 2021

## Privates Baurecht

### **Einstweilige Verfügung auch für Vergütungsanpassungen gemäß § 2 Abs. 5 bis 7 VOB/B**

Anfang März 2021 entschied das Kammergericht u.a., dass Vergütungsanpassungen nach § 2 Abs. 5 bis Abs. 7 VOB/B von § 650c BGB (Vergütungsanpassung nach Anordnungen gem. § 650b Abs. 2 BGB) umfasst sind und folglich auch die Dringlichkeitsvermutung nach § 650d BGB greift, sodass der Unternehmer auch den Erlass einer einstweiligen Verfügung gerichtet auf Zahlung aus Nachträgen erfolgreich beantragen kann. Dies soll sogar noch nach Abschluss aller Leistungen und eingetretener Schlussrechnungsreife gelten (Urteil des Kammergerichts vom 02.03.2021 – Az. 21 U 1098/20).

### **Verfügungsanspruch**

Der zwischen den Parteien geschlossene Bauvertrag datierte vom 02.05.2019. Der Verfügungsanspruch des Unternehmers ergab sich nach Auffassung des Kammergerichts folglich aus § 650c BGB. Dem stehe nicht entgegen, dass in § 2 Abs. 5 und Abs. 6 VOB/B Regeln zur Anpassung der Unternehmervergütung nach Leistungsänderungen durch den Besteller enthalte. Bei nach dem 01.01.2018 geschlossenen VOB-Verträgen handele es sich bei diesen Regelungen lediglich um vertragliche Ausgestaltungen der geltenden gesetzlichen Regelungen nach § 650c Abs. 1 und Abs. 2 BGB, sodass auch ein Streit um eine nach § 2 Abs. 5 bis Abs. 7 VOB/B zu bestimmende Mehrvergütung von den in § 650d BGB erwähnten „Streitigkeiten über die Vergütungsanpassung gemäß § 650c BGB“ mitumfasst sei.

### **Verfügungsgrund trotz Schlussrechnungsreife**

Trotz Schlussrechnungsreife könne sich der Unternehmer weiter auf die Vermutung nach § 650d BGB,

berufen, wonach es nicht erforderlich ist, dass der Verfügungsgrund, also die Eilbedürftigkeit, glaubhaft gemacht wird.

Zweck des § 650d BGB sei es, dem Unternehmer auch bei umstrittener Mehrvergütung Liquidität zu sichern, da ihn ein erhöhtes Vorleistungsrisiko treffe. Der Gesetzgeber habe daher mit der Einführung des § 650d BGB dem Unternehmer die Möglichkeit eröffnen wollen, sich im Wege der einstweiligen Verfügung bis zur endgültigen Klärung des Vergütungsanspruchs ausreichend Liquidität zu sichern. Dies gelte sowohl für Zahlungsverfügungen während der Bauausführung als auch für Verfügungen nach Abschluss der Leistungen.

Dies folge nach Ansicht des Kammergerichts daraus, dass der Unternehmer nach Abschluss der Leistungen und eingetretener Schlussrechnungsreife zwar nicht mehr berechtigt ist, Vergütungsforderungen aus Abschlussrechnungen geltend zu machen, sondern eine Schlussrechnung legen müsse. Dennoch müsse es dem Unternehmer aufgrund der gesetzgeberischen Wertung möglich sein, bei umstrittener Mehrvergütung vorübergehend Liquidität zu erhalten.

Auch entfalle nach Abschluss der Arbeiten nicht das Vorleistungsrisiko des Unternehmers. Dieses habe sich bereits realisiert. Es könne sich lediglich nicht mehr weiter erhöhen. Dies zeige auch ein Vergleich mit § 650f BGB. Dieser Anspruch auf Sicherheit kann ebenso nach Kündigung des Bauvertrags oder nach Schlussrechnungsreife geltend gemacht werden.

### **Bewertung und Ausblick**

Das Urteil des Kammergerichts überrascht und ist nicht unumstritten. So bestimmt beispielsweise § 650f





Circa einen Monat nach der Entbindung des Unternehmens von den Verträgen schloss der öffentliche Auftraggeber mit den zwei anderen Verkehrsunternehmen Verträge über die Durchführung des Busverkehrs über eine Laufzeit von 2 Jahren im Wege des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb als direkte Vergabe. Dies geschah mit der Begründung, die Auftragserteilung sei dringlich gewesen, da nicht vorhersehbar gewesen sei, wann die Entbindung des derzeitigen Verkehrsunternehmens aus den Verträgen genau erfolgen würde. Insbesondere habe daher auch die Unterbrechung der erforderlichen Verkehrsbedienung gedroht. Mit Erfolg legte das vertragshaltende Verkehrsunternehmen einen Antrag auf ein Vergabenaachprüfungsverfahren bei der Vergabekammer Baden-Württemberg ein.

In dem hierauf folgenden sofortigen Beschwerdeverfahren stellte der Vergabesenat des OLG Karlsruhe fest, dass die Notvergabe an die beiden Verkehrsunternehmen aus verschiedenen Gründen ungültig sei. Zum einen sei bereits die Durchführung – unabhängig von der Frage der tatsächlichen Zulässigkeit des Verfahrens – des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb nicht ordnungsgemäß erfolgt. Auch in einem solchen Verfahren sei im Regelfall dem Wettbewerbsprinzip aus § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB angemessene Rechnung zu tragen. Nach § 51 Abs. 2 Satz 1 VgV habe der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich min-

destens drei Bewerber einzuladen. Dieser Grundsatz gelte gem. § 51 Abs.1 Satz 1 VgV für alle Verfahren. Da sich der öffentliche Auftraggeber – nach den Vergabevermerken und der Vergabeakte – nur mit den beiden Verkehrsunternehmen in Kontakt gesetzt habe, könne bereits deshalb nicht von einem ordnungsgemäßen Vergabeverfahren ausgegangen werden.

Weiterhin sei auch die vom Auftraggeber gewählte Vertragslaufzeit von 2 Jahren vergaberechtlich zu beanstanden. Das OLG habe erheblich Bedenken, dass diese Verträge mit dem vergaberechtlichen Wettbewerbsgrundsatz und dem Gebot der Transparenz vereinbar seien. Diese Grundsätze verlangten, dass erforderliche Maßnahmen soweit sie unter Einschränkung des Wettbewerbs getroffen werden und Aufträge entsprechend vergeben werden, nur für den Zeitraum geschlossen werden, für den es die Dringlichkeit tatsächlich gebiete. Dauerschuldverhältnisse – wie auch die Erbringung von Verkehrsleistungen – seien daher auf einen Zeitraum zu beschränken, in dem die Auftragsvergabe aufgrund eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens möglich sei. Deshalb sei die Dauer des Vertrages grundsätzlich derart zu beschränken, dass die Erhaltung der Kontinuität der Leistungserbringung gewährleistet wird, jedoch nur während der Vorbereitung und des sich anschließenden Regelvergabeverfahrens mit europaweiter Bekanntmachung.



Die wohl wichtigste Erkenntnis: Dringlichkeit ist also keine Sache von Dauer. Eine Dringlichkeitsvergabe ist nach dem OLG nur für die Dauer des eigentlichen Vergabeverfahrens gerechtfertigt. Auftraggeber sollen den Wettbewerb so wenig wie möglich beeinträchtigen, weshalb auch bei einer Dringlichkeitsvergabe drei Bewerber einzubeziehen sind und die Dauer bis zur Durchführung eines ordentlichen wettbewerblichen Verfahrens beschränkt sein soll. Ein weiterer Paukenschlag für öffentliche Auftraggeber, der es ihnen mehr oder minder erschwert Vergabeverfahren rechtssicher durchzuführen. Zu der ohnehin erheblichen Drucksituation, die bei einer Dringlichkeitsvergabe typischerweise vorherrscht, hat der Auftraggeber im Rahmen der Ausgestaltung des Vergabeverfahrens zusätzlich darauf zu achten und vor allem im Vorweg zu kalkulieren, wie lange das Verfahren die Vertragsdauer zu rechtfertigen vermag. Wie die Entscheidung zeigt, dürfte eine etwaige Kalkulation auch der gerichtlichen Kontrolle unterliegen, so dass ein erheblich zu langer Zeitraum zur Vergaberechtswidrigkeit der Ausschreibung führen kann.

## Architektenrecht

**Die Bauhandwerkersicherung nach § 650 f BGB – Architekten und Ingenieure auf der einen Seite sowie Auftraggeber und Bauherrn auf der anderen Seite müssen prinzipiell wissen, worum es hier geht!**

Für Bauunternehmer und Handwerker ist das gelegentliche rechtzeitige Abfordern einer Sicherheit nach § 650 f BGB keine Besonderheit (entspricht § 648 a BGB der alten Fassung). Auch nahezu sämtliche Auf-

traggeber sind damit vertraut, für von Ihnen bestellte Bauleistungen im Laufe der Vertragsabwicklung mit einer Forderung des Montageunternehmens nach einer Bauhandwerkersicherung konfrontiert zu werden. Ziel ist es, meist durch Stellung einer Bankbürgschaft innerhalb einer sehr kurzen Zeitspanne die künftigen Werklohnansprüche des in Vorleistung gehenden Handwerkers abzusichern. Erhält der Handwerker keine Vorkasse, darf er sich seinen Werklohnanspruch gemäß § 650 f BGB durch eine Zahlungssicherheit des Auftraggebers absichern. Hierbei kann der Handwerker seine künftigen Leistungen von dem Erhalt einer solchen Sicherheit abhängig machen.

In unserer Praxis begegnet uns immer wieder die Frage, ob dieses (eben geschilderte) Recht gleichfalls für Architekten und Ingenieure gilt. Die Antwort lautet uneingeschränkt: Ja! Dieses Recht gilt gleichermaßen für jeden baubezogenen Auftragnehmer. Das müssen die betreffenden Architekten und die Auftraggeber jederzeit klar vor Augen haben. Und beide Seiten müssen wissen, dass man dieses Recht vertraglich nicht ausschließen oder abmildern kann.

Insbesondere muss ein Auftraggeber wissen, dass er vor allem mitten in der Abwicklung eines Auftrages mit einem Architekten oder einem Ingenieur bei einer Meinungsverschiedenheit über Teilleistungen oder Abschlagsrechnungen sehr schnell auf eine Sicherheitenforderung des Auftragnehmers zu reagieren hat, will er dem Auftragnehmer nicht etwa die Möglichkeit einer Kündigung präsentieren. Der Auftraggeber hat innerhalb von acht bis zehn Kalendertagen (in Einzelfällen kann diese Frist auch etwas länger sein) eine Sicherheit zu leisten, sei es durch Geldhinterlegung oder

durch Bankbürgschaft. Kommt der Auftraggeber dem nicht nach, darf der Architekt oder Ingenieur kündigen und sein volles restliches Honorar beanspruchen, er müsste sich im Wesentlichen lediglich nur seine ersparten Aufwendungen abziehen lassen.

Dass derartige Möglichkeiten so weitreichend sind, ist beiden Seiten sehr oft überhaupt nicht klar. Ein Auftraggeber sollte auf eine solche Eventualität immer vorbereitet sein. Dazu gehört auch, dass er wissen muss, dass man als Auftraggeber der zu besichernden Forderungshöhe des Architekten oder Ingenieurs in diesem Zusammenhang nicht mit Aufrechnungen begegnen kann, die sich möglicherweise aus Schadensersatzansprüchen oder aus Kostenvorschussansprüchen für Mängelbeseitigungen ergeben. Eine solche „Aufrechnungsabwehr“ ist für den Bauherrn gegenüber dem Sicherungsverlangen durch das Gesetz ausgeschlossen. Zum Rüstzeug der Vertragspartner gehört ferner die Erkenntnis, dass der Auftragnehmer für die üblichen Kosten der Sicherheit aufkommen muss, und zwar bis zu einer Höhe von 2 % der Sicherheitenhöhe pro Jahr. Das heißt, dass ein Architekt, der eine Sicherheit in Höhe von 800.000,00 Euro verlangt, hierfür pro Jahr die Aufwandskosten bis zu einem Betrag von 16.000,00 Euro per anno zu tragen hat, weshalb er insoweit die Sicherheitenhöhe immer zurückhaltend bestimmen sollte. Der Bauherr seinerseits sollte in dieser Hinsicht von vornherein mit seiner Bank die gebotenen Reaktionsmöglichkeiten in der Abwicklung des Bauvorhabens durchgespielt und eingeplant haben.

## INFORMATIONEN

Dieser KNH-Newsletter kann nur erste allgemeine Informationen bieten und ersetzt nicht die Rechtsberatung im konkreten Einzelfall. Bitte sprechen Sie uns an, wenn Sie Fragen haben:

KNH Rechtsanwälte in Berlin,  
Kurfürstendamm 52, 10707 Berlin,  
030/590047-0 Fax -299

KNH Rechtsanwälte in Frankfurt a.M.,  
Friedrichstraße 2-6, 60323 Frankfurt a.M.,  
069/9055699-0 Fax -49

**[www.knh-rechtsanwaelte.de](http://www.knh-rechtsanwaelte.de)**

## IMPRESSUM

KNH Rechtsanwälte  
Hochstadt & Partner PartGmbH  
Kurfürstendamm 52  
10707 Berlin  
(Herausgeber)

Verantwortlich für die fachliche Koordination:  
Dr. Karl Schwarz