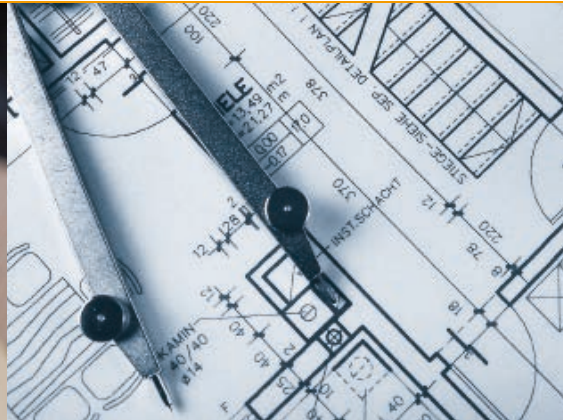


KNH

Rechtsanwälte



Newsletter

September 2016

AKTUELLE RECHTSPRECHUNG

Architekten- und Ingenieurrecht

Unterliegt das Planen mit BIM dem Preisrecht der HOAI?

Building Information Modeling (BIM) ist eine im Ausland bereits erprobte, in Deutschland noch neuartige Planungsmethode, die auf digitaler Basis ein virtuelles Modell des Bauvorhabens erstellt und in diesem Modell die Objekt- und Fachplanung integriert, so dass mögliche Kollisionen und Planungsfehler frühzeitig erkannt und bereits im Modell behoben werden können. Die Planung im 3D-Modell mit einer frühzeitigen Integration von Fachplanungsleistungen in die Objektplanung und dadurch vorweggenommene Kollisionsfreiheit soll insbesondere die Planungsprozesse stringenter machen und zu einer besseren Qualität führen, um spätere Änderungen und Nachträge von Bauunternehmen zu minimieren.

Das virtuelle Planungsmodell kann dreidimensional dargestellt werden, wird es um die Komponente Zeit ergänzt, ist von einem 4D-Modell die Rede, bei der Ergänzung um aus dem Modell heraus generierten Kosten wird von einem 5D-Modell gesprochen und ist das Modell sogar geeignet, durch entsprechende Attributierung der Bauteile auch für die Betriebsphase des Gebäudes genutzt zu werden (Facility Management Benefits), kann man von einem 6D-Modell sprechen. Auch wenn die derzeit bearbeiteten Pilotprojekte größtenteils außerhalb der Tafelwerte liegen dürften und insoweit das Preisrecht gemäß § 7 Abs. 2 HOAI ohnehin nicht anwendbar ist, wird auch dort in der Diskussion und Vertragsgestaltung insbesondere auf das Leistungsphasenmodell der HOAI Bezug genommen. Es stellt sich die Frage, inwiefern für die BIM-Planung das zwingende Preisrecht der HOAI mit ihren Mindest- und Höchstsätzen anwendbar ist.

Die HOAI 2013 hat bereits diese Planungsmethode geregelt: Im Rahmen der Objektplanung für Gebäude ist BIM als Besondere Leistung der Leistungsphase 2 (Vor-

planung) im Leistungsbild der Anlage 10, Ziffer 10.1 erwähnt. Dass die Zuordnung nur dort, also allein bei der Objektplanung Gebäude und zudem ausschließlich in der Leistungsphase 2 vorgenommen wurde, ist rechtlich insoweit nicht weiter bedeutsam, als § 3 Abs. 3 S. 2 HOAI ausdrücklich bestimmt, dass Besondere Leistungen auch für andere Leistungsbilder (also Ingenieurbauwerke, Verkehrsanlagen, Tragwerksplanung, Technische Ausrüstung) und andere Leistungsphasen (also 1 sowie 3 bis 9), denen die Besondere Leistung nicht zugeordnet wurde, vereinbart werden können, vorausgesetzt sie stellen dort keine Grundleistung dar.

Mit diesem letzten Halbsatz unterstreicht § 3 Abs. 3 S. 2 HOAI wiederum, dass sich Grundleistungen und Besondere Leistungen ausschließen: Eine Grundleistung aus einer anderen Leistungsphase kann nicht zur Besonderen Leistung in einer vorangehenden oder nachfolgenden Leistungsphase gemacht werden. Hintergrund dieser Regelung ist § 3 Abs. 3 S. 3 HOAI, wonach das Honorar für Besondere Leistungen frei vereinbart werden kann. Das Honorar für Grundleistungen ist verbindlich geregelt, beinhaltet also das zwingende Preisrecht der HOAI, und soll nicht dadurch umgangen werden, dass in einer früheren oder späteren Leistungsphase derartige Grundleistungen als Besondere Leistungen geregelt und hierfür geringere Honorare vereinbart werden.

Die BIM-Planungsmethode ist jedoch in keinem anderen Leistungsbild und keiner anderen Leistungsphase als Grundleistung definiert, so dass es zu einem solchen Konflikt nicht kommen kann. Die BIM-Planungsmethode ist somit allein als Besondere Leistung benannt und kann damit keine Grundleistung sein, weshalb nach § 3 Abs. 3 Satz 3 HOAI das Honorar hierfür frei vereinbar ist.



Hiergegen wird nun eingewandt, die BIM-Planungsmethode beinhalte sämtliche Planungsinhalte und Planungsschritte, die auch bei der herkömmlichen Planungsmethode nach der HOAI vorzunehmen sind: Die HOAI baut die Planung in einem durchaus logisch zu nennenden Vertiefungsprozess sequenziell auf, indem sie die einzelnen aufeinander folgenden Planungsabläufe in Planungsphasen ordnet und einzelne Planungsschritte bestimmten Planungsphasen zuweist.

Die Planungsmethode BIM widerspricht jedoch gänzlich dem sequenziellen Planungsschema der HOAI, weil sie darauf angelegt ist, zu einem sehr frühen Stadium und je nach Anforderung des Projekts eine Planungstiefe zu erreichen, die den gewöhnlichen Planungsstatus der Leistungsphasen 2 und 3 weit übertrifft. Denn bereits dort ist es für die Erstellung eines insbesondere bei Berücksichtigung der Planungs determinanten Zeit, Kosten und Betrieb beinhaltenden BIM-Modells notwendig, die Attributierung von Bauteilen in den jeweils zu definierenden spezifischen Details (sog. LoD's – Levels of Detail) und für eine Weiterbearbeitung erforderliche Informationen einschließlich der Konnexität dieser Informationen mit anderen Planungskomponenten (sog. Lol's – Levels of Information) vorzunehmen in der Weise, dass schon frühzeitig Planungs details zumindest angelegt werden müssen. Deren Ausfüllung mag vielleicht erst später erfolgen, jedoch muss die Planung im virtuellen Modell für eine solche Vertiefung bereits vorbereitet sein. Häufig ist es dann ein nur noch so geringer Aufwand, dass die Ausfüllung sogleich erfolgen kann oder von einem anderen (Fach-) Planer beigesteuert wird. Die integrierte Planungsmethode des BIM, in der Objekt- und Fachpla-

ner in einem gemeinsamen BIM-Koordinationsmodell arbeiten, ist daher leistungsphasenübergreifend angelegt.

Im Ergebnis ist festzustellen, dass das Phasenmodell der HOAI mit der BIM-Planungsmethode nicht kompatibel ist – um einen fachnahen Begriff zu verwenden –, insbesondere dann nicht, wenn das BIM-Modell auch hinsichtlich Zeit, Kosten und Betrieb erstellt wird. Denn dann ist es zum Beispiel bei jedem Planungsschritt möglich, die Kostenfolgen einer Planung bei entsprechend modellierten Planungsinhalten und automatisierten Mengenberechnungen auszuweisen und nicht erst in der Leistungsphase 6 mit einem dort vorgesehenen bepreisten Leistungsverzeichnis. Denn bei entsprechender EDV-gestützter Programmierung können aus dem Modell heraus diese Kosten ohne Weiteres automatisch generiert werden.

Durch die Zuweisung der BIM-Planungsmethode zu einer Besonderen Leistung und dem Fehlen von entsprechenden Grundleistungen in den Leistungsbildern der HOAI und ihren Anlagen ist die BIM-Planungsmethode nicht in das zwingende Preisrecht der HOAI einzuordnen. Mindestsätze nach § 7 Abs. 1 und 5 HOAI können in diesem Fall also nicht herangezogen werden, ebensowenig ist der Höchstsatz maßgeblich, sondern das Honorar für BIM ist als Besondere Leistung stets frei vereinbar. Diese Auffassung ist allerdings nicht unstrittig, weil zahlreiche Autoren in der architektenrechtlichen Literatur trotz allem die HOAI-Preisvorschriften auch auf die BIM anwenden möchten. Naturgemäß fehlt bisher eine diese Streitfrage klärende Rechtsprechung.

Vergaberecht

Neues Vergaberecht hat Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen Auftragnehmer und Subunternehmer

Am 18.04.2016 ist die neue Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) in Kraft getreten. Überwiegend fanden die Veränderungen für Vergaben oberhalb des Schwellenwerts nach dem 2. Abschnitt der VOB/A (EU VOB/A) Beachtung. Demgegenüber ist bei der Diskussion um die Vergaberechtsreform kaum ins Gewicht gefallen, dass sich neben den Vergabevorschriften der VOB/A auch die Vertragsordnung (VOB/B) geändert hat. Diese Änderungen haben auch gravierende Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen Auftragnehmer und Subunternehmer unabhängig von der Höhe des Auftragswertes der Leistungen des Subunternehmers.

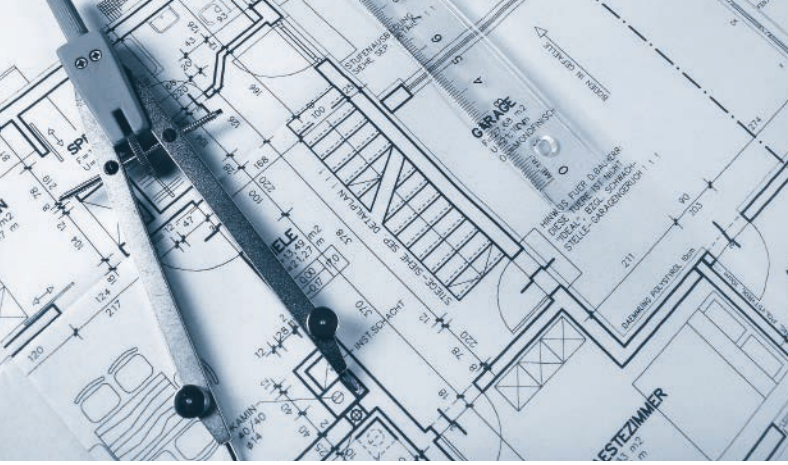
Aufgrund einer in § 8 Abs. 4 und 5 VOB/B ergänzend eingefügten Kündigungsmöglichkeit des öffentlichen Auftraggebers bei Vergabefehlern strahlt das formelle Vergaberecht nun in den Bereich der Vertragsausführung aus und endet damit nicht wie bisher grundsätzlich mit dem Zuschlag. Damit kann sich der öffentliche Auftraggeber auf einen Kündigungsgrund berufen, ohne dass der Auftragnehmer oder dessen Subunternehmer etwas mit dem Vergaberechtsfehler zu tun hat. Dem öffentlichen Auftraggeber steht es somit quasi frei, sich über diesen neu geschaffenen Kündigungstatbestand mit Verweis auf Vergabefehler verschuldens unabhängig von einem Auftragnehmer zu trennen.

§ 8 Abs. 4 VOB/B normiert drei Vergabefehler aufgrund derer der öffentliche Auftraggeber berechtigt ist, den Vertrag zu kündigen. Der öffentliche Auftraggeber hat wie bisher die Möglichkeit, den Vertrag zu beenden, wenn der Auftragnehmer aus Anlass der Vergabe eine Abrede getroffen hatte, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt (§ 8 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B). In diesem Fall gelten § 8 Abs. 3 Nr. 1 S. 2 und Nrn. 2 bis 4 VOB/B entsprechend.



Ferner kann der öffentliche Auftraggeber im sogenannten „Überschwellenbereich“ den Vertrag kündigen, wenn der Auftragnehmer wegen eines zwingenden Ausschlussgrundes zum Zeitpunkt des Zuschlages nicht hätte beauftragt werden dürfen (§ 8 Abs. 4 Nr. 2 a) VOB/B). Auch in diesem Fall gelten Abs. 3 Nr. 1 S. 2 und Nrn. 2 bis 4 von § 8 VOB/B entsprechend.

Die weitaus gravierendste Neuerung findet sich jedoch in § 8 Abs. 4 Nr. 2 b) VOB/B, da dieser dem öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit gibt, den Vertrag mit dem Auftragnehmer zu kündigen, ohne dass in seiner Person oder seinem Unternehmen eine etwaige Verfehlung oder ein zwingender Ausschlussgrund vorliegen muss. Im Fall einer wesentlichen Änderung des Vertrages oder bei einer Feststellung einer schweren Verletzung der Verträge über die Europäische Union und die Arbeitsweise der Europäischen Union durch den Europäischen Gerichtshof kann der öffentliche Auftraggeber den Vertrag kündigen. Interessant in diesem Zusammenhang ist insbesondere die Möglichkeit einer Vertragskündigung bei wesentlichen Änderungen des Vertrages. Insofern definiert § 22 Abs. 1 EU VOB/A (ebenso § 132 GWB), dass alle Änderungen wesentlich sind, die dazu führen, dass sich der Auftrag von dem ursprünglich vergebenen Auftrag erheblich unterscheidet. Dieser Kündigungsgrund hat auch Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen dem Hauptauftragnehmer und dem Subunternehmer, da nach § 8 Abs. 5 VOB/B der Hauptauftragnehmer das Vertragsverhältnis mit



seinem Subunternehmer kündigen kann, wenn ihm selbst der Vertrag nach § 8 Abs. 4 Nr. 2 b) VOB/B gekündigt wurde. Insofern hat der Subunternehmer die Möglichkeit in einer Subunternehmerkette die Kündigung „weiterzugeben“. Für eine solche Kündigung bedarf der öffentliche Auftraggeber nicht einmal einer Fristsetzung, was auch denkwürdig ist, da der Mangel am Vergabeverfahren nicht zu beseitigen ist. Auftragnehmer werden sich daher zukünftig auf eine neue Situation einstellen müssen. Insbesondere bei Nachtragsverhandlungen wird dem Auftraggeber ein Druckmittel zur Hand gegeben, da er über eine wesentliche Änderung des Vertrages den Vertrag kündigen könnte.

Es bleibt abzuwarten, wie die obergerichtliche Rechtsprechung sich zu diesem Kündigungstatbestand stellt, insbesondere ob dieser einer AGB-rechtlichen Überprüfung standhält. Ferner wird auch abzuwarten sein, ob sich der Schadensersatz nach § 8 Abs. 4 Nr. 2 b) S. 3 VOB/B an dem Leitbild des § 649 BGB orientieren muss. Ferner steht die Frage im Raum, ob ein dem Auftraggeber grundsätzlich zustehendes Anordnungsrecht nach § 1 Abs. 3 VOB/B den vorgenannten Schadensersatzanspruch auslösen kann. In diesem Zusammenhang wird auch zu klären sein, ob dem Subunternehmer in der Nachunternehmerkette, dem der Vertrag nach § 8 Abs. 5 VOB/B gekündigt wurde, ebenfalls ein Schadensersatzanspruch zusteht. § 8 Abs. 5 VOB/B ist insofern nicht eindeutig.

Insgesamt birgt insbesondere der in § 8 Abs. 4 Nr. 2 b) VOB/B geschaffene Kündigungsgrund bei einer wesentlichen Änderung des Vertrages hohes Konfliktpotenzial, zumindest bis von Seiten der Rechtsprechung durch klarstellende Urteile derzeit noch bestehende Unklarheiten bei der Anwendung dieses Kündigungsgrundes ausgeräumt werden.

Öffentliches Recht und Mietrecht

Die Unterbringung von Flüchtlingen in Wohnungen kann eine Wohnnutzung darstellen.

Der Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs Hessen vom 03.03.2016, Az.: 4 B 403/16 ist nicht nur unter öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten interessant, sondern auch für die Frage der Anwendbarkeit des Wohnraummietrechts in Bezug auf die Unterbringung von Flüchtlingen von Relevanz. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Der Eigentümer einer Doppelhaushälfte vereinbarte mit der Stadt vertraglich, dass er in seinen Räumlichkeiten bis zu 17 Flüchtlinge gegen Zahlung einer monatlichen Miete aufnimmt. Nach dem Einzug von 15 Flüchtlingen wurde dem Eigentümer letztlich gerichtlich untersagt, die Doppelhaushälfte durch mehr als 10 Personen zu belegen. Das Verwaltungsgericht Wiesbaden stützte seine Entscheidung im Wesentlichen darauf, dass die Unterbringung der Flüchtlinge keine Wohnnutzung darstelle.

Das sieht der Verwaltungsgerichtshof Hessen jedoch anders. Der Einzug der Flüchtlinge ist nach den konkreten Gegebenheiten als Wohnnutzung zu bewerten. Der Begriff des Wohnens ist durch eine auf Dauer angelegte Häuslichkeit, eine Eigengestaltung der Haushaltsführung und des häuslichen Wirkungskreises sowie durch die Freiwilligkeit des Aufenthalts gekennzeichnet. Diese Kriterien sind hier erfüllt.

Eine Wohnnutzung wäre insbesondere dann zu verneinen, wenn es sich bei der Unterbringungsform um eine Anlage für soziale Zwecke handelte. Eine solche Anlage dient der sozialen Fürsorge sowie öffentlichen



Wohlfahrt und wird im Gegensatz zur Wohnung gerade durch die Beschränkung der Eigenverantwortlichkeit der Lebensführung charakterisiert.

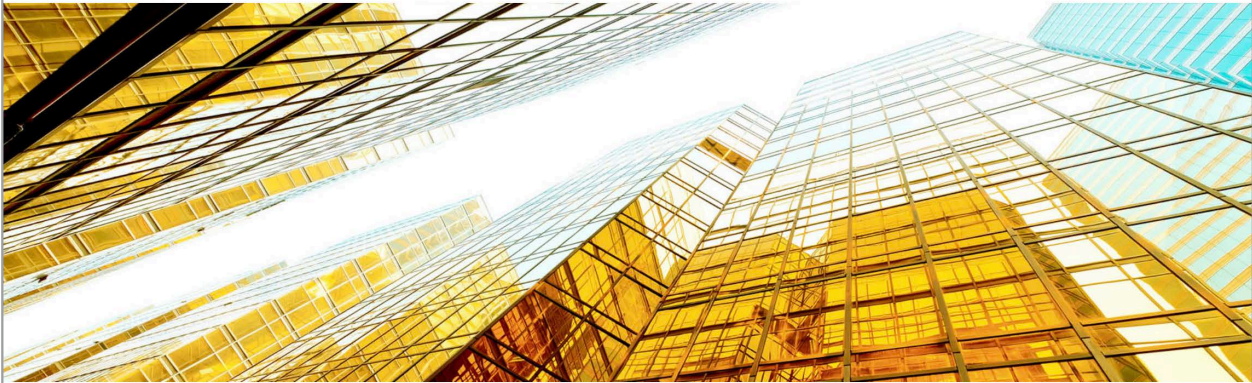
Die Grundrisse der beiden in sich abgeschlossenen Wohneinheiten der Doppelhaushälfte lassen hier aber erkennen, dass sowohl die 3-Zimmer-Wohnung im EG als auch die weitere 3-Zimmer-Wohnung im OG und DG aufgrund der in beiden Wohnungen vorhandenen Küchen und Badezimmer die Möglichkeit einer eigen-gestaltenden Haushaltsführung der Bewohner ermöglicht. Zudem ist eine externe Versorgung der Flüchtlinge nicht vorgesehen.

Die Wohnnutzung ist auch auf Dauer angelegt. Dem steht nicht entgegen, dass die Asylbewerber oder Flüchtlinge voraussichtlich nur für die Dauer ihres Anerkennungsverfahrens in den Wohnungen verbleiben. Dem Begriff des Wohnens unterfällt auch die Lebensführung in einer Wohnung, in der sich eine Person für einen nicht unerheblichen Zeitraum aufhalten wird, auch wenn die Dauer des Verbleibs von vornherein begrenzt ist. Nicht zu fordern ist, dass der Lebensmitelpunkt in den Räumlichkeiten auf unabsehbare Zeit gewählt wird.

Das Kriterium der Freiwilligkeit ist vorliegend ebenfalls erfüllt. Es sind keine Anhaltspunkte dafür gegeben, dass die Flüchtlinge die ihnen zur Verfügung gestellten Wohnungen nicht aus freien Stücken bezogen haben. Die Tatsache, dass die Flüchtlinge auf der Grundlage einer öffentlich-rechtlichen Zuweisung in die Wohnungen

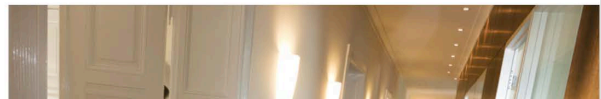
eingezogen sind, ändert im Übrigen nichts daran. Allein die durch eine Rechtsnorm begründete Verpflichtung zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen führt nicht zu einem unfreiwilligen Verhalten, wenn der Betreffende seiner Rechtspflicht nachkommt. An der Freiwilligkeit fehlt es erst dann, wenn die Befolgung der Rechtspflicht durch Vollstreckungsmaßnahmen erzwungen wird.

Abschließend wird darauf hingewiesen, dass die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Hessen ausschließlich die Konstellation betrifft, bei der von einer Gemeinde im Gemeindegebiet Unterkünfte für Asylbewerber bzw. Flüchtlinge zur Verfügung gestellt werden. Eine Ausdehnung auf andere Arten von Flüchtlingsunterkünften, wie sie z. B. in Erstaufnahmeeinrichtungen des Landes vorliegen, ist nicht anzuerkennen. Solche Erstaufnahmeeinrichtungen werden regelmäßig nicht Wohnnutzungen, sondern Anlagen für soziale Zwecke darstellen.



Willkommen bei KNH Rechtsanwälte

Die Wirtschaftskanzlei KNH berät auf allen Gebieten des Bau- und Immobilienrechts. Mit Büros in Berlin, Frankfurt am Main und Essen begleiten



In eigener Sache

Neue Homepage

KNH Rechtsanwälte hat eine neu gestaltete Homepage. Informationen zu unserer Kanzlei finden Sie nunmehr unter

www.knh-rechtsanwaelte.de

in einem modernen und benutzerfreundlichen Design. Zukünftig finden Sie auf unserer Homepage auch Hinweise zu Vortragsveranstaltungen und Seminaren, bei denen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte von KNH als Dozenten tätig sind. Wir hoffen, dass Ihnen unser neuer Online-Auftritt gefällt und stehen Ihnen selbstverständlich für alle weiteren Fragen auch sehr gerne persönlich zur Verfügung.

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

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

KNH Rechtsanwälte Essen,
Huysenallee 105, 45128 Essen,
0201/20163-0 Fax -33

www.knh-rechtsanwaelte.de

IMPRESSUM

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

Verantwortlich für die fachliche Koordination:
Dr. Karl Schwarz