



## Inhalt

- ÖFFENTLICHES BAURECHT**
- 2 Das Urbane Gebiet – Ein neuer Gebietstyp als Lösung für Raum- und Nutzungskonflikte in Ballungszentren
  - 4 Die Bauvoranfrage – Rechtssicherheit für Bauherren
  - 6 Keine Schadensersatzansprüche bei Anfechtung einer Baugenehmigung durch den Nachbarn oder bei behördlichen Maßnahmen gegen den Bauherrn auf Antrag des Nachbarn
- BAUVERTRAGSRECHT**
- 8 Keine Mängelrechte vor der Abnahme! Oder doch?
  - 10 Stolperfalle: Beurkundungsbedürftige Bauverträge
- VERGABERECHT**
- 12 Die Zulassung verspäteter Angebote

## Vorwort

Das Baurecht ist ein äußerst dynamisches Rechtsgebiet, das eine stetige Fortentwicklung erfährt. Prominentes Beispiel ist die Diskussion um das neue Werkvertragsrecht, das ab dem 01.01.2018 in Kraft treten wird.

Nicht ganz so prominent - aber nicht minder interessant - kommt die Baurechtsnovelle 2017 daher, mit der ein neuer Gebietstyp in die Baunutzungsverordnung aufgenommen wurde: Mit dem sog. „Urbanen Gebiet“ reagiert der Gesetzgeber auf die Entwicklung von Ballungszentren.

Darüber hinaus trägt die Rechtsprechung ganz erheblich zu der rasanten Fortentwicklung des Baurechts bei. Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 02.02.2017 einen Schadensersatzanspruch des Bauwilligen gegen die Baubehörde bejaht, wenn der Bauwillige auf Basis eines rechtswidrigen Bauvorbescheids ein Grundstück erwirbt und später der Vorbescheid nicht verlängert wird, weil er rechtswidrig war. Keine guten Nachrichten gibt es dagegen für Bauherren, die mit dem Beginn ihrer Maßnahme warten, bis ein Nachbarwiderspruch verbeschieden ist: Ihnen steht in der Regel kein Schadensersatzanspruch zu.

Besondere Beachtung verdienen die Grundsatzentscheidungen des BGH vom 19.01.2017, mit denen die lange streitige Frage entschieden wurde, ob es im BGB-Vertrag Mängelrechte vor der Abnahme gibt. Ferner führt eine ganz aktuelle Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe vor Augen, dass auch Bauverträge unter bestimmten Voraussetzungen, die manchmal gar nicht so offen zu Tage treten, einer notariellen Beurkundung bedürfen.

Und schließlich wird im Vergaberecht die Frage, wann und unter welchen Voraussetzungen verspätete Angebote zugelassen werden müssen, eifrig und kontrovers diskutiert.

### Dr. Andreas Koenen

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Vertrauensanwalt des Bundes Deutscher Architekten (BDA)  
KOENEN BAUANWÄLTE

# Das Urbane Gebiet – Ein neuer Gebietstyp als Lösung für Raum- und Nutzungskonflikte in Ballungszentren?

Mit der letzten Baurechtsnovelle 2017 (BGBl. I 2017 S. 1057) wurde ein neuer Gebietstyp in die Baunutzungsverordnung aufgenommen – das sogenannte Urbane Gebiet. Ziel dieses neuen Gebiets ist eine „nutzungsgemischte Stadt der kurzen Wege“. Damit wird auf die Entwicklung zur Urbanisierung reagiert: Immer mehr Menschen möchten bzw. müssen aus Arbeitsplatzgründen in den Innenstädten der Ballungszentren der Bundesrepublik wohnen mit der Folge, dass dort Wohn- und Arbeitsraum knapp wird. Zudem ist eine weitere Inanspruchnahme bisher unbebauter Gebiete im Außenbereich gesetzgeberisch nicht gewünscht. Neben den Wohngebäuden müssen in den Stadtkernen Bürogebäude, Versorgungs- und Freizeiteinrichtungen, Gaststätten und vieles mehr Platz finden. In der Praxis war festzustellen, dass bei zunehmender Verdichtung in Innenstadtlagen Nutzungskonkurrenzen sowie konfliktierende Nutzungsansprüche und damit zunehmend auch Lärmschutzkonflikte auftreten können, insbesondere bei einem dichten Nebeneinander von Wohnnutzung und gewerblicher Nutzung.

## Verfolgtes Leitbild

Das nun mit dem Urbanen Gebiet verfolgte Leitbild sieht eine räumliche Nähe von wichtigen Funktionen wie Wohnen, Arbeiten, Versorgung, Bildung, Kultur und Erholung vor, die aber nicht in einer bestimmten Gewichtung zueinander bestehen müssen. Damit wird insbesondere der städtebauliche Handlungsspielraum der Kommunen zur Schaffung zusätzlichen Wohnraums erweitert. Normiert ist das Urbane Gebiet (MU) in § 6 a BauNVO. Nach dieser Vorschrift dient das Gebiet dem Wohnen sowie der Unterbringung von Gewerbebetrieben und sozialen, kulturellen und anderen Einrichtungen, welche die Wohnnutzung nicht wesentlich stören. Die Nutzungsmischung muss nicht gleichgewichtig sein. Gerade letztgenannter Zusatz bewirkt, dass - anders als beispielsweise in Mischgebieten zulässig

- die Wohnnutzung die übrigen weiteren Nutzungen weit überwiegen kann. Ausnahmsweise sind in dem Gebiet nicht-kerngebietstypische Vergnügungsstätten und Tankstellen zulässig. Flankiert wird dieser neue Gebietstyp durch eine Änderung des Maß der baulichen Nutzung betreffend. § 17 Abs. 1 BauNVO sieht demnach für das Urbane Gebiet mit einer Grundflächenzahl von max. 0,8 (entsprechend einem Gewerbegebiet) und einer Geschossflächenzahl von max. 3,0 (entsprechend einem Kerngebiet) eine sehr verdichtete Bebauung vor.

## Immissionsschutzrecht

Das mit dem Urbanen Gebiet ermöglichte und gewünschte verdichtete Nebeneinander von unterschiedlichen Nutzungen wird außerhalb des Baurechts durch eine Änderung des Immissionsschutzrechts (nach)vollzogen. Geplant war im – vom Bundestag beschlossenen – Regierungsentwurf für das Urbane Gebiet in Ziff. 6.1 TA-Lärm Immissionsrichtwerte von 63 dB(A) tags und 48 dB(A) nachts festzulegen. Dies wurde jedoch vom Bundesrat für den Nachtzeitraum als „zu laut“ bewertet mit der Folge, dass der Immissionsrichtwert nachts auf 45 dB(A) abgesenkt wurde. Damit liegen die Immissionsrichtwerte des Urbanen Gebiets tagsüber 3 dB(A) über den Werten eines Mischgebietes; nachts darf es im Urbanen Gebiet aber nicht lauter sein als im Mischgebiet.

## Lärmkonflikte

Ist das Urbane Gebiet nun die Lösung für die (zukünftigen) Herausforderungen in den Ballungszentren?

Um einmal mit den unbestreitbaren Vorteilen des neuen Gebiets zu beginnen: Die mit dem Urbanen Gebiet einhergehende Flexibilisierung der Handlungsmöglichkeiten für Städte und Gemeinden bietet einen deutlichen Mehrwert v.a. im Vergleich mit dem dem Urbanen Gebiet „verwandten“ Mischgebiet (§ 6 BauNVO). Denn die im Mischgebiet erforderliche qualitative, ungefähr gleichgewichtige Durchmischung des Gebiets mit den Hauptnutzungen (Wohnen und Gewerbe), stieß in der Praxis wegen des typischerweise höheren Wohnanteils häufig an Grenzen. Auch die gegenüber den anderen Gebieten, in denen gewohnt werden darf, deutlich höhere Grund- und Geschossflächenzahl, dürfte den tatsächlichen Bedürfnissen entsprechen und ein

ausreichendes Potenzial zur „Verdichtung“ selbst in den Metropolen bieten.

Gescheitert ist der Ordnungsgeber allerdings damit, dem mit der Verdichtung und der Durchmischung unterschiedlicher Nutzungen einhergehenden Lärmkonflikt einen passenden Rechtsrahmen zu geben. Denn wenn nun heterogene Nutzungen (beispielsweise Wohnen einerseits und Gewerbe bzw. Gaststätten andererseits) aufeinandertreffen und dies zudem in einer baulich verdichteten Situation geschieht, so entstehen notwendigerweise Immissionskonflikte. Nicht ohne Grund hat der Ordnungsgeber in dem was unterschiedliche Nutzungen betrifft am stärksten durchmischten und zugleich baulich dichtesten Gebiet, dem Kerngebiet (§ 7 BauNVO), zur Entschärfung des Immissionskonfliktes das Wohnen nur betriebsbezogen (§ 7 Abs. 2 Ziff. 6 BauNVO) bzw. nur nach Maßgabe von Festsetzungen des Bebauungsplans (§ 7 Abs. 2 Ziff. 7 BauNVO) zugelassen. Wenn nun im Urbanen Gebiet mit vergleichbarer Nutzungsvielfalt und baulicher „Verdichtung“ zukünftig diese unterschiedlichen Nutzungen auf engem Raum „aufeinander prallen“, hätte für diese Immissionskonflikte (beispielsweise und äußerst praxisrelevant der nächtliche Gaststättenlärm) eine Lösung gefunden werden müssen. Dass der Ordnungsgeber diesen Konflikt in der Weise lösen möchte, dass im Urbanen Gebiet nachts die Immissionsrichtwerte eines Mischgebietes eingehalten werden müssen (45 dB(A)), geht an der Realität vorbei. Denn es ist längst bekannt, dass in den urbanen Kneipenvierteln (bspw. der Heidelberger Altstadt) die Immissionsrichtwerte eines Mischgebietes – bei weitem – nicht eingehalten werden können. Darauf hätte der Gesetzgeber reagieren können bzw. müssen, indem er – wie ursprünglich vorgesehen (siehe oben) – die Immissionsrichtwerte für die Nacht mindestens 3 dB(A) höher ansetzt, als im Mischgebiet und/oder indem der Gesetzgeber (endlich) im Bau- bzw. Immissionsschutzrecht passiven Lärmschutz ermöglicht. Solch passiver Schallschutz (insbesondere durch zu öffnende Schallschutzfenster bzw. so genannte „Hamburger Fenster“) hätte den planenden Kommunen eine Festsetzungsmöglichkeit an die Hand gegeben, mit der Lärmkonflikte bereits planerisch (beispielsweise durch Festsetzung entsprechender Lärmschutzfenster) zumindest entschärft, wenn

nicht sogar vollständig aufgelöst werden könnten. Ohne diese Festsetzungsmöglichkeiten und bei den (jedenfalls nachts) zu niedrig angesetzten Immissionsrichtwerten fehlt dem Gebiet das Instrumentarium zur Bewältigung des in ihm selbst angelegten Nutzungskonflikts.

Auch aus einem anderen Grund bestehen Zweifel an einem durchschlagenden Erfolg des Urbanen Gebiets. Denn den Gesetzgeber hat im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens der Mut verlassen. War ursprünglich vorgesehen, dass es das Urbane Gebiet (zumindest nach einer 2-jährigen Übergangsphase) auch als „faktisches“ Gebiet geben sollte (also einem Gebiet im Sinne von § 34 Abs. 2 BauGB, bei dem der Gebietstyp zwar nicht durch Bebauungsplan festgesetzt ist, die Regelungen zur Art der Nutzung aber dann gelten, wenn die vorhandenen Nutzungen einem typischen Urbanen Gebiet entsprechen) so wurde auf der Zielgerade des Gesetzgebungsverfahrens diese Möglichkeit eines „faktischen Urbanen Gebiets“ ausgeschlossen (§ 245 c Abs. 3 BauGB). Dass dabei das faktische Urbane Gebiet sicherlich eine Vielzahl klärungsbedürftige Fragen aufgeworfen hätte, etwa in welchem Verhältnis unterschiedliche Nutzungen vorhanden sein müssen, um (noch) von einem „faktischen“ Urbanen Gebiet sprechen zu können, ebenso wie die Fragen dazu, ob Immissionskonflikte in solchen Gebieten durch Anpassung der emittierenden Betriebe (Betreiberpflichten) oder der Ruhesuchenden Bewohner (architektonische Selbsthilfe) aufgelöst werden sollen, liegt nahe. Wenn es dem Ordnungsgeber mit dem städtebaulichen Leitbild einer „nutzungsgemischten Stadt der kurzen Wege“ ernst gewesen wäre, hätte er – zumindest mit einer Übergangsfrist – dem Urbanen Gebiet auch in seiner „faktischen Wirkung“ Geltungsmöglichkeit einräumen müssen.

## Ausblick

Ob und in welchem Umfang die Gemeinden von dem neuen Baugebietstyp Gebrauch machen werden und ob der Gesetzgeber – wenn er feststellen sollte, dass die Festsetzung Urbaner Gebiete durch die Kommunen weit hinter seinen Erwartungen zurückgeblieben ist – mit einer der nächsten Baurechtsnovellen die Geburtsfehler (siehe oben) beseitigen wird, bleibt spannend und abzuwarten. ■

## Dr. Werner Finger

Rechtsanwalt und Fachanwalt  
für Verwaltungsrecht

# Die Bauvoranfrage – Rechtssicherheit für Bauherren – Das Urteil des BGH vom 02.02.2017 - III ZR 41/16 -

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat mit seiner Entscheidung vom 02.02.2017 (III ZR 41/16) die Rechte von Bauherren im Verhältnis zu Baubehörden gestärkt und zu einem Thema Stellung bezogen, das im öffentlichen Baurecht angesiedelt ist: Es geht um die Folgen eines rechtswidrig erteilten Bauvorbescheids. Zunächst sollen in diesem Beitrag das Institut des Bauvorbescheids, sowie dessen Vor- und Nachteile erläutert und im Anschluss das zitierte Urteil besprochen werden.

## Die Bauvoranfrage – Verfahren, Wirkungen, Vor- und Nachteile

Mittels einer Bauvoranfrage kann im Vorfeld eines Baugenehmigungsverfahrens eine verbindliche Entscheidung der Baugenehmigungsbehörde über einzelne Fragen erzielt werden (sog. Bauvorbescheid). Voraussetzung ist, dass es sich bei dem zugehörigen Bauvorhaben um ein genehmigungspflichtiges Bauvorhaben handelt. Dabei können einzelne Details abgefragt werden, die im Baugenehmigungsverfahren von der Behörde zu prüfen wären, wie zum Beispiel die Tiefe der einzuhaltenden Abstandsflächen. Häufig ist auch die generelle Bebaubarkeit eines Grundstücks, also die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit von baulichen Anlagen auf diesem Grundstück, Gegenstand einer Bauvoranfrage. Nicht zulässig ist jedoch die Frage, ob für ein bestimmtes Bauvorhaben eine Baugenehmigung in Aussicht gestellt werden kann. Sind die Voraussetzungen erfüllt, d.h. entspricht das Vorhaben den zu prüfenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften, so besteht ein Rechtsanspruch auf die Erteilung eines Bauvorbescheids.

Ist der Bauvorbescheid unanfechtbar geworden, so entscheidet er abschließend über die rechtliche Zulässigkeit des Vorhabens, soweit sie Gegenstand der Anfrage war. Über diese Fragen wird im nachfolgenden Baugenehmigungsverfahren nicht erneut entschieden; der Bauvorbescheid ist insoweit ein vorweggenommener Teil



der Baugenehmigung. Er setzt sich dann auch gegen zwischen Erteilung des Bauvorbescheids und Erteilung der Baugenehmigung auftretende Rechtsänderungen durch. Negativen Entscheidungen über die gestellten Fragen kommt diese Wirkung nicht zu, sie können daher später erneut gestellt und geprüft werden. Positive Entscheidungen binden sowohl die Behörde, als auch den Antragsteller selbst und dessen Rechtsnachfolger. Unter gewissen Voraussetzungen kann sogar ein Ausschluss des Angrenzers am nachfolgenden Genehmigungsverfahren (im Umfang des Bauvorbescheids) erreicht werden. Diese Bindungswirkung besteht, je nach Bundesland, für 2-3 Jahre. Es ist möglich, einen Antrag auf Verlängerung zu stellen, bei dessen Verbescheidung jedoch das Vorliegen der Voraussetzungen des Bauvorbescheids erneut und in vollem Umfang überprüft wird. Liegen diese vor, besteht, wie bei der ursprünglichen Entscheidung, ein Rechtsanspruch auf die Verlängerung.

Solch eine Bauanfrage kann der Bauherr in der Regel selbst stellen, die Beauftragung eines Architekten oder Bauträgers ist dann nicht erforderlich, aber möglich. Besteht Unklarheit über die grundsätzliche Bebaubarkeit des Grundstücks, ist ein bereits beauftragter Architekt dazu jedoch verpflichtet, bevor er mit der Entwurfs- und Genehmigungsplanung beginnt. Die Bauvoranfrage bedarf der Schriftform und die Fragen müssen bestimmt genug, d.h. konkret, gestellt werden. Dabei können diese Fragen wörtlich formuliert werden, es genügt aber bereits, wenn sich die Fragen aus den Umständen, in diesem Fall aus den Bauvorlagen, ergeben. In den verschiedenen Bundesländern ist unterschiedlich geregelt, welche Unterlagen dem Antrag beizufügen sind. Für die Entscheidung der Behörde fallen zwar Verwaltungsgebühren an, die je nach Bundesland unterschiedlich hoch sind, diese fallen aber geringer aus als bei der Entscheidung über die Erteilung der Baugenehmigung. Auch werden mittels einer Bauvoranfrage gegebenenfalls sehr aufwendige Umplanungen, die notwendig werden, wenn sich im Baugenehmigungsverfahren herausstellt, dass das Vorhaben so nicht genehmigt werden kann, verhindert und zudem Zeit eingespart. Vor allem in Gebieten, für die kein qualifizierter Bebauungsplan besteht, lohnt es sich, durch eine entsprechende Bauvoranfrage Klarheit zu schaffen. Auch steigt durch einen Bauvorbescheid, der

die Bebaubarkeit eines Grundstücks feststellt, der Wert des Grundstücks. Besonders attraktiv ist die Option des Bauvorbescheids deswegen, weil der Antragsteller noch nicht Eigentümer des betreffenden Grundstücks sein muss und seine Kaufentscheidung somit davon abhängig machen kann, ob die gewünschte Bebauung oder Nutzung des Grundstücks überhaupt möglich ist. Bei einem Antrag auf Erteilung einer Baugenehmigung ist dies nicht unbedingt möglich, ein solcher Antrag läuft Gefahr, mangels Sachbescheidungsinteresses abgelehnt zu werden.

Nachteilig ist, dass selbst bei einer positiven Beantwortung der gestellten Fragen nicht mit dem Bau begonnen werden darf. Dies ist nur nach Erteilung einer Baugenehmigung möglich. Die zusätzlich investierte Zeit wird jedoch dadurch aufgewogen, dass durch die Erteilung einer Bauvoranfrage Rechtssicherheit bezüglich der angefragten Punkte besteht.

### **Urteil des BGH vom 02.02.2017**

Vor Erwerb eines mit einem stark renovierungsbedürftigen Einfamilienhaus bebauten Grundstücks beantragte der Kläger bei der beklagten Stadt einen Bauvorbescheid, welcher unter anderem mit der Feststellung erteilt wurde, dass das (bestehende) Wohnhaus als erschlossen gelte. Daraufhin erwarb der Kläger das Grundstück, stellte jedoch innerhalb der Geltungsdauer des Bescheids keinen Bauantrag. Als er rechtzeitig die Verlängerung des Bescheides beantragte, wurde diese mit der Begründung abgelehnt, dass das Wohnhaus nicht erschlossen sei und damit in Zukunft auch nicht gerechnet werden kann. Gegen diesen Bescheid ging der Bauherr aufgrund mangelnder Erfolgsaussichten nicht im Wege des Verwaltungsverfahrens vor, sondern machte einen Erstattungsanspruch in Höhe von 85.000 € gegen die Stadt wegen amtspflichtwidrigen Verhaltens vor Gericht geltend.

Der BGH entschied, dass die rechtswidrige Erteilung eines Bauvorbescheids eine Amtspflichtverletzung darstellt und das entstandene Vertrauen des Klägers eine umfassende Ersatzpflicht der beklagten Stadt auslöst: Sie musste dem Kläger nicht nur den Kaufpreis nebst Nebenkosten ersetzen, sondern sich auch Eigentum und Besitz an dem Grundstück übertragen lassen. Zivilrechtlich bedeutsam ist zudem, dass solch eine

sog. Zug-um-Zug Verurteilung auch im Rahmen der Amtshaftung für zulässig erklärt wird, der Bürger sich also nicht nur mit einem Ausgleich des Differenzschadens (einer reinen Geldleistung) zufriedengeben muss und ihm dann ein Grundstück verbleibt, welches für ihn nutzlos ist.

Mit dieser Entscheidung stärkt der BGH die Rechte von Bauherren gegenüber Baubehörden indem er verdeutlicht, dass das finanzielle Risiko eines rechtswidrigen Bauvorbescheids schlussendlich nicht beim Antragsteller verbleiben muss. Darüber hinaus wird betont, dass der Bauherr im Falle eines rechtswidrig erteilten Bauvorbescheids bei gleich gebliebener Rechtslage nicht das wirtschaftliche Risiko trägt, dass er keine Verlängerung erhält. Dass er von dem Bescheid innerhalb der regulären Geltungsdauer keinen Gebrauch gemacht hat, ändert daran nichts. Er trägt dadurch lediglich das Risiko, dass infolge einer zwischenzeitlichen Rechtsänderung eine Verlängerung nicht erteilt wird und das Bauvorhaben nicht mehr durchführbar ist.

### Fazit

Die Entscheidung des BGH stellt auch selbst im Falle eines rechtswidrig erteilten Bauvorbescheids die Antragsteller nicht schutzlos. Sie verdeutlicht nochmals die Chance, Rechtssicherheit über einzelne (entscheidende) Teilfragen einer Baugenehmigung zu erhalten und schützt die auf Grundlage eines Bauvorbescheids getroffenen Investitionsentscheidung des Bauherrn, selbst wenn der Bauvorbescheid rechtswidrig erteilt sein sollte. ■

### Hannah Biermaier

Rechtsanwältin

## Keine Schadenersatzansprüche bei Anfechtung einer Baugenehmigung durch den Nachbarn oder bei behördlichen Maßnahmen gegen den Bauherrn auf Antrag des Nachbarn

In baurechtlichen Streitigkeiten existiert häufig eine Dreieckskonstellation: neben dem Bauherrn und der Baurechtsbehörde ist auch der Grundstücksnachbar beteiligt, der sich entweder gegen die erteilte Baugenehmigung richtet oder der von der Baurechtsbehörde ein Einschreiten verlangt. Ficht der Nachbar die Baugenehmigung vor den Verwaltungsgerichten an, zögern die Bauherren häufig mit dem Beginn der geplanten Baumaßnahme, da sie auf eigenes Risiko bauen. Die mit der Verzögerung zumeist verbundenen Kosten (z.B. Baukostensteigerungen, Bereitstellungszinsen, entgehende Gewinne) hoffen die Bauherren im Falle eines Obsiegens im verwaltungsgerichtlichen Verfahren gegenüber dem Nachbarn geltend machen zu können. Diese Hoffnung ist grundsätzlich unberechtigt. Dies gilt auch dann, wenn die Baurechtsbehörde auf Antrag des Nachbarn durch das Verwaltungsgericht verpflichtet wird, gegen einen Bauherrn einzuschreiten und sich dies im Nachgang als fehlerhaft herausstellt.

### Anfechtung einer Baugenehmigung

Erhebt ein Nachbar Widerspruch gegen eine Baugenehmigung, hat dieser gemäß § 212 a BauGB grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung. Dies bedeutet, der Bauherr kann mit seinem Bau beginnen – wenn auch auf eigenes Risiko. Der Nachbar ist daher gehalten, einen zweiten Rechtsbehelf, nämlich verwaltungsgerichtlichen Eilrechtsschutz gemäß §§ 80 a, 80 Abs. 5 VwGO, zu ergreifen. Mit diesem Antrag kann er die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs anordnen lassen. Der Bauherr wird zu diesem Verfahren beigelegt und kann dort seine Rechtsposition verteidigen. Oftmals war-

tet der Bauherr mit dem Baubeginn zu, bis das Gericht und gegebenenfalls die nächste Instanz (OVG/VGH) entschieden hat. Wird der Rechtsstreit zu seinen Gunsten entschieden, ist in der Regel davon auszugehen, dass auch das Hauptsacheverfahren (Widerspruchs- und Klagverfahren) zu seinen Gunsten ausgehen wird. Das Risiko des Baubeginns wird dann meist eingegangen.

Angesichts der Verfahrensdauer vor den Verwaltungsgerichten von 3-6 Monaten je Instanz (die sich durch die momentan sehr zahlreichen Asylverfahren voraussichtlich noch verlängern wird) verzögert sich das Bauvorhaben oftmals erheblich – verbunden mit den entsprechenden zusätzlichen Kosten. Es ist nachvollziehbar, dass der Bauherr diese (neben seinen Prozesskosten) von dem Verursacher, vorliegend dem Nachbarn, erstattet haben möchte, wenn er im gerichtlichen Eilverfahren erfolgreich war. Voraussetzung für die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches ist aber das Vorhandensein einer Anspruchsgrundlage. Überlegt werden könnte ein Rückgriff auf § 945 ZPO, der im Zivilprozess eine Schadensersatzpflicht bestimmt, wenn sich etwa die Anordnung einer einstweiligen Verfügung als von Anfang an ungerechtfertigt erweist. Der Rückgriff setzt aber einen entsprechenden Verweis in die Verwaltungsgerichtsordnung voraus, der in § 80 a VwGO nicht existiert. Zudem bestimmt § 123 Abs. 5 VwGO, dass § 123 Abs. 3 VwGO, der § 945 ZPO für entsprechend anwendbar erklärt, nicht für den Fall des § 80 a VwGO gilt. Rechtsprechung und Literatur sind hier auch ausdrücklich einer Meinung (vgl. etwa Schoch, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 80 Rn. 600): ohne Verweis keine Anwendung. Ohne Anspruchsgrundlage gibt es aber auch keinen Schadensersatz.

### **Bauaufsichtliche Maßnahmen gegen den Bauherrn auf Veranlassung des Nachbarn**

Im Zuge der zunehmenden Deregulierung im baurechtlichen Bereich kann der Nachbar sich oftmals nicht mehr gegen eine Baugenehmigung wenden, da eine derartige nicht mehr erteilt wird. Die Anzeige des Vorhabens einschließlich der Bestätigung, dass dieses den baurechtlichen Vorgaben entspricht, kann ausreichend sein, damit der Bauherr mit dem Bau nach Ablauf einer bestimmten Frist beginnen kann. Der

Nachbar muss dann unter Rückgriff auf § 123 VwGO die Behörde im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichten lassen, bauaufsichtliche Maßnahmen gegenüber dem Bauherrn zu ergreifen. Nachdem sich in § 123 Abs. 3 VwGO der Verweis auf § 945 ZPO findet, könnte für den Fall, dass sich die einstweilige Anordnung als von Anfang an ungerechtfertigt erweist, grundsätzlich ein Schadensersatzanspruch gegen den Nachbarn in Betracht kommen. Auch dies wird aber abgelehnt, da § 945 ZPO ausdrücklich auf den Antragsgegner verweist; als dieser wird für den Bauherrn aber nicht der Nachbar, sondern allein die Baurechtsbehörde angesehen. Dies hat der BGH schon 1961 (Urteil vom 7.11.1961, DVBl 1962, 217) festgehalten. Seitdem hat sich an dieser Rechtsauffassung nichts geändert (Bestätigung durch BGH, Urt. v. 23.9.1980, NJW 1980, 349, 350). Auch eine entsprechende Heranziehung der Vorschrift wird abgelehnt, da dann Wertungswidersprüche zum vorläufigen Rechtsschutz gemäß § 80 a VwGO entstehen würden und die Gefahr bestünde, Rechtsschutzbarrieren zu errichten. Somit kann der Bauherr auch im Falle einer einstweiligen Anordnung gemäß § 123 VwGO keinen Schadensersatzanspruch gegen den Nachbarn geltend machen.

Auch gegenüber der Baurechtsbehörde kann der Anspruch grundsätzlich nicht auf § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 945 ZPO gestützt werden, da die Behörde keine einstweilige Anordnung beantragt, sondern andere Handlungsinstrumente hat. Gegen die Baurechtsbehörde kommt bei deren fehlerhaften Verhalten nur die Geltendmachung eines Amtshaftungsanspruchs gemäß Art. 34 GG i.V.m. § 839 BGB in Betracht.

### **Fazit**

Zusammenfassend ist somit festzuhalten: Der Bauherr hat keinen Schadensersatzanspruch gegen seinen Nachbarn, der gerichtlichen Rechtsschutz sucht. Der Bauherr ist vielmehr oftmals gut beraten, mit dem Nachbarn eine Verständigung zu suchen. Selbst wenn diese „teuer“ ist, kann sie günstiger sein als der Verzögerungsschaden, der durch die Rechtsbehelfe des Nachbarn entsteht. Dies ist (leider) die Rechtslage. ■

### **Dr. Dirk Herrmann**

Rechtsanwalt und Fachanwalt  
für Verwaltungsrecht

## Keine Mängelrechte vor der Abnahme! Oder doch?

In drei Leitentscheidungen hat der BGH am 19.01.2017 die lange offene und kontrovers diskutierte Frage, ob dem Besteller auch vor der Abnahme die Mängelrechte aus den §§ 634 f. BGB zustehen, nun dahingehend beantwortet, dass dem Besteller vor der Abnahme grundsätzlich keine Mängelrechte zukommen (BGH, Urt. v. 19.01.2017 - VII ZR 301/13; VII ZR 193/15; VII ZR 235/15). Wer nun glaubt, dass damit endlich eine Klärung herbeigeführt ist, der irrt. Denn die Entscheidungen werfen weitere Fragen auf, die unbeantwortet bleiben. Und Ausnahmen lässt der BGH auch weiterhin zu.

### Ausgangslage

Vor der Abnahme hat der Besteller bei einem BGB-Werkvertrag im Falle von Mängeln nach dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht die Möglichkeit, nach angemessener Fristsetzung zur Mangelbeseitigung und fruchtlosem Ablauf dieser Frist, entweder Schadensersatz (§§ 280, 281 BGB) zu verlangen, vom Vertrag zurück zu treten (§ 323 BGB) oder aus wichtigem Grund zu kündigen (§ 314 BGB). Fraglich war jedoch lange Zeit, ob dem Besteller vor der Abnahme bereits die Mängelrechte nach § 634 ff. BGB zustehen. Besondere Bedeutung hat diese Frage für das Selbstvornahmerecht des Bestellers und den damit möglichen Anspruch auf Vorschuss (§§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB).

Diese Frage wurde in der Vergangenheit sowohl in der obergerichtlichen Rechtsprechung als auch in der Literatur kontrovers diskutiert und unterschiedlich beurteilt.

Zum Teil wurde die Ansicht vertreten, dass die Mängelrechte des § 634 BGB uneingeschränkt auch bereits vor der Abnahme dem Besteller zur Seite stehen (müssen). Die vor den Leitentscheidungen des BGH herrschende Ansicht in der Literatur vertrat die Ansicht, dass die Mängelrechte der §§ 634 f. BGB vor der Abnahme jedenfalls dann in Betracht kommen, wenn das Werk bereits fertiggestellt ist. Es sei nicht ersichtlich, weshalb derjenige Besteller, der die Abnahme

zu recht verweigere, kein Selbstvornahmerecht und einen damit verbundenen Kostenerstattungs- bzw. Vorschussanspruch oder kein Recht zur Minderung haben soll. Der Besteller, der die Abnahme verweigert, stünde damit ohne sachlichen Grund erheblich schlechter als derjenige Besteller, der die mangelhafte Werkleistung abnimmt. Die ablehnende Auffassung stütze ihre Argumentation vorwiegend auf die Systematik der Mängelrechte.

### Die Entscheidungen des BGH

In den eingangs genannten Leitentscheidungen vom 19.01.2017 hat der BGH die kontrovers diskutierte Frage nun - scheinbar endgültig - geklärt.

In allen drei Entscheidungen hat der BGH zunächst klargestellt, dass entschieden sei, dass der Besteller Mängelrechte nach § 634 BGB grundsätzlich erst nach der Abnahme des Werkes mit Erfolg geltend machen kann. Ob ein Werk mangelfrei ist, beurteile sich somit grundsätzlich im Zeitpunkt der Abnahme. Bis zur Abnahme könne der Unternehmer grundsätzlich frei wählen, wie er den Anspruch des Bestellers auf mangelfreie Herstellung erfüllt. Könnte der Besteller bereits während der Herstellungsphase die Mängelrechte aus § 634 BGB geltend machen, so werde nach Auffassung des BGH in die Rechte des Unternehmers eingegriffen.

Dies stelle den Besteller auch nicht schutzlos. Ihm stehen in der Herstellungsphase neben dem Erfüllungsanspruch auch die Rechte des allgemeinen Leistungsstörungenrechts zur Verfügung. Weiter spreche bereits der Begriff Nacherfüllung dafür, dass die Rechte aus § 634 BGB erst nach der Herstellung zum Tragen kommen sollen. Die Erfüllung trete bei der Werkleistung regelmäßig mit der Abnahme ein, sodass erst nach der Abnahme von einer Nacherfüllung gesprochen werden kann. Zwischen dem Nacherfüllungsanspruch und dem Anspruch auf Herstellung bestehen Unterschiede, sodass diese nicht nebeneinander bestehen könnten. Auch die Verjährungsregelung des § 634a Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 Nrn. 1 und 2 BGB spreche für die Abnahme als Zäsur zwischen Erfüllungsstadium und Mängelrechten.

Ferner sind die Rechte des Bestellers vor der Abnahme bereits durch das allgemeine Leistungsstörungenrecht in angemessener Weise gewährt.



Der Besteller kann vor der Abnahme etwa Schadensersatz neben der Leistung, statt der Leistung oder wegen Verzögerung der Leistung geltend machen. Ferner kann er auch vom Vertrag zurücktreten oder die Kündigung aus wichtigem Grund erklären. Zwar sei der Schadensersatzanspruch statt der Leistung (§ 281 Abs. 1 BGB) anders als die Mängelrechte nach § 634 Nrn. 2 und 3 BGB verschuldensabhängig, eine den Schadensersatzanspruch begründende Pflichtverletzung liegt aber nach Auffassung des BGH bereits dann vor, wenn der Unternehmer die nach § 281 Abs. 1 S. 1 BGB zu setzende Frist verstreichen lässt.

Der Besteller hat somit die Wahl, ob er die Rechte aus dem Erfüllungsstadium geltend macht oder das mangelhafte Werk - unter Vorbehalt - abnimmt und die Mängelrechte aus § 634 BGB geltend macht. Ein faktischer Zwang zur Abnahme bestehe jedoch nicht, da der Besteller im Übrigen auch die Abnahme unter Mängelvorbehalt erklären kann.

### **Mängelrechte auch ohne Abnahme**

Dabei lässt es der BGH jedoch nicht bewenden. Er führt weiter aus, dass dem Besteller jedenfalls dann die Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 bis 4 BGB auch ohne Abnahme zustehen können, wenn er nicht mehr die (Nach-)Erfüllung des Vertrages verlangen kann und das Vertragsverhältnis bereits in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist.

Soweit der Besteller nur noch den kleinen Schadensersatz statt der Leistung geltend macht oder die Minderung des Werklohns erklärt, findet nach der Rechtsprechung des BGH zum alten Schuldrecht eine Abrechnung der beiderseitigen Ansprüche statt (BGH, Urt. v. 11.05.2006 - VII ZR 146/04, Urt. v. 10.10.2002 - VII ZR 315/01). Dies solle auch weiterhin gelten, jedenfalls für den Fall, dass der Unternehmer das Werk als fertiggestellt zur Abnahme anbietet. Verlangt der Besteller dann Schadensersatz statt der Leistung (§§ 281 Abs. 1, 280 Abs. 1 BGB), ist der Anspruch auf die Leistung nach § 281 Abs. 4 BGB ausgeschlossen. Nichts anderes soll gelten, wenn der Besteller im Wege der Minderung den Werklohn herabsetzt. In beiden Fällen gehe es nicht mehr um den Anspruch auf die Leistung und die Erfüllung des Vertrages.

Vorsicht ist jedoch geboten, wenn der Besteller bloße Vorschussansprüche stellt, denn bei diesen erlischt der Erfüllungsanspruch nicht. Das Recht zur Selbstvornahme und der Anspruch auf Vorschuss lassen den Erfüllungs- und den Nacherfüllungsanspruch unberührt. Nur ausnahmsweise kann die Forderung des Bestellers auf Vorschusszahlung zu einem Abrechnungs- und Abwicklungsverhältnis führen, nämlich wenn der Besteller den Erfüllungsanspruch aus anderen Gründen nicht mehr mit Erfolg geltend machen kann. Dies ist nach Ansicht des BGH dann der Fall, wenn der Besteller ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck bringt, unter keinen Umständen mehr mit dem Unternehmer, der ihm wiederum das Werk als fertiggestellt zur Abnahme angeboten hat, zusammenarbeiten zu wollen und der Besteller damit ernsthaft und endgültig die Erfüllung ablehnt. Die verbleibenden Rechte des Bestellers sind damit ausschließlich auf Geld gerichtete, sodass ein Abrechnungs- und Abwicklungsverhältnis entstehe. In dessen Rahmen können dann auch die Rechte aus § 634 Nrn. 2 bis 4 BGB ohne Abnahme geltend gemacht werden.

### **Hält § 4 Abs. 7 VOB/B der Inhaltskontrolle noch stand?**

Geht man davon aus, dass es dem gesetzlichen Leitbild entspricht, dass die Mängelrechte grundsätzlich erst nach der Abnahme entstehen, stellt sich die Frage, ob § 4 Abs. 7 VOB/B einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle standhalten kann. Denn dieser sieht ja gerade Mängelrechte vor der Abnahme vor - und damit einen Eingriff des Bestellers in der Herstellungsphase. Die Entscheidungen des BGH verhalten sich hierzu nicht. Die Entscheidung dieser Frage dürfte davon abhängig sein, worin man den Schwerpunkt der BGH-Rechtsprechung sieht. Ist es der Grundsatz, dass Mängelrechte nur nach der Abnahme entstehen können - oder liegt nicht doch ein gewichtiger Schwerpunkt auf der Durchbrechung dieses Grundsatzes, die der BGH in seinen Entscheidungen ja selbst angelegt hat? Die bisherigen Andeutungen lassen wohl darauf schließen, dass § 4 Abs. 7 VOB/B einer Inhaltskontrolle auch weiterhin standhält, da Mängelrechte vor der Abnahme auch nach der neuen BGH-Rechtsprechung noch möglich sind. Sicher ist das aber nicht. ■

**Jennifer Essig**

Rechtsanwältin

## Stolperfalle: Beurkundungsbedürftige Bauverträge

Grundstückskaufverträge bedürfen der notariellen Beurkundung. Das ist sicher (fast) jedermann bekannt. Nicht ganz so geläufig ist hingegen die Tatsache, dass auch mit einem Grundstückskaufvertrag zusammenhängende Geschäfte (wie z.B. ein Mietvertrag, ein Kaufvertrag über ein Fertighaus oder eben ein Bauvertrag) häufig ebenfalls der notariellen Beurkundung bedürfen. Unterbleibt die notwendige Beurkundung, kann das fatale Folgen haben, wie ein aktuelles Urteil des OLG Karlsruhe vom 13.06.2017 (8 U 192/15) zeigt.

### Ausgangslage

Ein Grundstückskaufvertrag bedarf gemäß § 311b BGB der notariellen Beurkundung. Der Beurkundungszwang erstreckt sich auf sämtliche Nebenabreden zu dem Vertrag. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erstreckt sich dieser Formzwang darüber hinaus auch auf weitere Verträge, die mit dem Grundstückskaufvertrag derart verbunden sind, dass sie eine Einheit bilden. Davon geht die Rechtsprechung dann aus, wenn nach dem Willen der Parteien die Verträge miteinander stehen und fallen sollen. Dabei ist maßgeblich, dass das Grundstücksgeschäft von dem weiteren Geschäft abhängig ist (BGH, Urt. v. 12.02.2009 - VII ZR 230/07). Auf die zeitliche Reihenfolge des Abschlusses der Geschäfte kommt es nicht an. Ebenfalls unerheblich ist, ob die Vertragsparteien identisch sind oder nicht (BGH, Urt. v. 22.07.2010, VII ZR 246/08). Das bedeutet also, dass ein Beurkundungszwang für einen Bauvertrag als verbundenes Geschäft bestehen kann, wenn ein Bauherr ein Grundstück erwirbt und in diesem Zusammenhang z.B. einen Bauvertrag oder Fertighausvertrag mit einem Anbieter, der nicht mit dem Grundstückseigentümer identisch ist, abschließt. Ausreichend ist dabei, dass ein Partner einen solchen Verknüpfungswillen tatsächlich hat und der andere Partner diesen Verknüpfungswillen hinnimmt.

### Folge: Nichtigkeit von Grundstückskauf- und Bauvertrag

Ist der Bauvertrag als „verbundenes Geschäft“ anzusehen und wird er nicht notariell beurkundet, dann ist der Bauvertrag nichtig. Die Nichtigkeit des Bauvertrages zieht gemäß § 139 BGB die Nichtigkeit des Grundstückskaufvertrages nach sich. Als Indiz für eine solche Verbundenheit wird übrigens die gar nicht so selten vorkommende Erwähnung des zu bebauenden Grundstücks im Bauvertrag gesehen.

Diese Nichtigkeit beider Verträge kann geheilt werden, wenn die Eigentumsübertragung in das Grundbuch eingetragen wird, § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB. Auf eine solche Heilung sollten sich die Vertragspartner aber nicht verlassen. Denn die Eintragung in das Grundbuch erfolgt häufig lange nach dem Abschluss der Verträge und insbesondere nach der Kaufpreiszahlung. In der Zwischenzeit soll die Aufassungsvormerkung den Erwerber sichern. Da der Vertrag aber nichtig ist, existiert auch die streng akzessorische Aufassungsvormerkung nicht, auch wenn sie - fälschlich - in das Grundbuch eingetragen wurde. Der Erwerber zahlt also, obwohl seine Rechtsposition nicht gesichert ist. Die Eintragung kann auch nicht erzwungen werden, da aufgrund der Nichtigkeit weder eine Verpflichtung des Veräußerers noch eine Verpflichtung des Erwerbers besteht.

Gelegentlich finden sogar bewusste Aufspaltungen von Grundstückskauf- und Bauverträgen statt, um bei Notargebühren und Grunderwerbssteuer zu sparen. Vor solchen Schnäppchen kann nur gewarnt werden. Die daraus resultierenden Risiken stehen in keinem angemessenen Verhältnis zu den erhofften Ersparnissen; von der Strafbarkeit eines solchen Verhaltens einmal ganz abgesehen.

### Der Fall des OLG Karlsruhe

Dass solche Konstellationen alles andere als theoretisch sind, führt der Sachverhalt, der der erwähnten Entscheidung des OLG Karlsruhe zugrunde lag, vor Augen.

Ein renommierter Fertighaushersteller hatte „Paketlösungen“ beworben und damit bei Interessenten den Eindruck erweckt, sie erhielten Grundstück und Traumhaus „aus einer Hand“. Der spätere Käufer meldete sich bei dem Fertig-

haushersteller, das Grundstück wurde gezeigt, man plante erste Entwürfe. Als es an die Verträge ging, mussten zwei Verträge geschlossen werden, denn der Fertighaushersteller war nicht Eigentümer der beworbenen Grundstücke, er hatte sie nur „an der Hand“. In der Folge schloss der Erwerber sowohl den notariellen Kaufvertrag über das Grundstück mit dem Eigentümer als auch den schriftlichen Hausbauvertrag mit dem Fertighaushersteller.

Die Finanzierung des Erwerbers scheiterte. Der Erwerber konnte den Kaufpreis für das Grundstück nicht zahlen. Es kam daher nie zur Eintragung in das Grundbuch. Der Verkäufer verkaufte in der Folge das Grundstück zu einem geringeren Preis an einen Drittinteressenten und verlangte vom Erwerber Schadenersatz auf die Differenz, die er einklagte. Der Erwerber hätte sich nun mit der Argumentation retten können, dass die Geschäfte doch verbunden seien und der Kaufvertrag daher nichtig sei. Jedoch wurde dies weder von den beteiligten Anwälten noch vom Landgericht erkannt. Der Erwerber musste zahlen - obwohl der Grundstückskaufvertrag nichtig war.

Erst in einem zweiten Prozess - nämlich gegen seinen ersten Anwalt - kam der Erwerber zu seinem Recht. Er machte gegen seinen ersten Anwalt neben sämtlichen Prozesskosten des ersten Prozesses den Betrag als Schaden geltend, den er an den Verkäufer gezahlt hatte. Er argumentierte, dass sein Anwalt die Nichtigkeit hätte erkennen und dies gegenüber dem Gericht hätte vortragen müssen. Dann hätte er den Prozess gewonnen. Und er erhielt mit dieser Argumentation in zwei Instanzen Recht. Sowohl das Landgericht Mannheim als auch das OLG Karlsruhe verurteilten den ersten Anwalt zu Schadenersatz, da er bei richtiger Argumentation den Prozess hätte gewinnen müssen. Der Fall des OLG Karlsruhe zeigt: Mit Grundstücksgeschäften verbundene Geschäfte haben ihre Tücken, die manchmal nicht nur den Laien, sondern auch die Profis überraschen. ■

### **Marco Röder**

Rechtsanwalt und Fachanwalt  
für Bau- und Architektenrecht

## Die Zulassung verspäteter Angebote

Die für die „klassischen“ Vergaben anzuwendenden Verfahrensordnungen VgV und UVgO enthalten den Grundsatz, dass ein nicht fristgerecht vorgelegtes Angebot zur Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zwingend von der Wertung auszuschließen ist, es sei denn der Bieter hat die Verspätung nicht zu vertreten (§ 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV, § 42 Abs. 1 Nr. 1 UVgO). Für Bauvergaben bestimmen § 16 EU Nr. 1 VOB/A bzw. § 16 Abs. 1 Nr. VOB/A zunächst, dass Angebote nur zugelassen werden können, wenn sie bei Ablauf der Angebotsfrist vorgelegen haben. In § 14 EU Abs. 5 Nr. 1 VOB/A bzw. § 14 Abs. 6 VOB/A wird dieser Grundsatz um die Regel ergänzt, dass ein Angebot, das nachweislich vor Ablauf der Angebotsfrist dem Auftraggeber zugegangen war, aber aus vom Bieter nicht zu vertretenden Gründen dem Verhandlungsleiter nicht vorgelegen hat, wie ein rechtzeitig vorliegendes Angebot zu behandeln ist.

Auszuschließen sind also demnach auch solche Angebote, die zwar rechtzeitig zugegangen waren, der Bieter aber die nicht rechtzeitige Vorlage an den Verhandlungsleiter (mit) zu vertreten hat.

Kommt es auf dieser Grundlage zu einer nachträglichen Zulassung eines Angebots, ist dieser Sachverhalt den Bietern unverzüglich in Textform mitzuteilen, verbunden mit der Feststellung, dass das Angebot verschlossen bzw. verschlüsselt vorgelegen hatte (§ 14 EU Abs. 5 Nr. 2 VOB/A, § 14 Abs. 6 Nr. 2 VOB/A). Damit ist den „betroffenen“ Bietern die Möglichkeit eröffnet, zu überprüfen, ob die nachträgliche Zulassung bzw. die Nichtberücksichtigung rechtmäßig war. Dabei ist das Folgende zu berücksichtigen:

### Rechtzeitiger Zugang

Ein dem Verhandlungsleiter bei Öffnung des ersten Angebots nicht vorliegendes Angebot kann nur dann nachträglich zugelassen werden, wenn das entsprechende Angebot jedenfalls rechtzeitig dem Auftraggeber zugegangen war. Wann eine in Abwesenheit des Erklärungsempfängers abgegebene Willenserklärung zugeht, regelt § 130 Abs. 1 BGB: Der Zugang – und damit die Wirksamkeit – tritt in dem Moment ein, in dem die

Erklärung so in den Bereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser unter normalen Umständen die Möglichkeit hat, vom Inhalt der Erklärung Kenntnis zu nehmen. § 130 Abs. 3 BGB stellt klar, dass die Vorschrift des § 130 BGB auch dann Anwendung findet, wenn die Willenserklärung einer Behörde gegenüber abzugeben ist, wobei allerdings im Vergabeverfahren diese Vorschrift nicht einschlägig sein dürfte, da bei der Beschaffung die öffentliche Hand als „gewöhnlicher“ Wirtschaftsteilnehmer auftritt und nicht als „Behörde“. Für eine Erklärung unter Anwesenden enthält das Gesetz keine ausdrückliche Regelung. Hier ist nach der Ratio des § 130 BGB zwischen verkörperten (insbesondere schriftlichen) und nicht verkörperten (mündlichen/konkludenten) Erklärungen zu unterscheiden. Erstere werden durch Übergabe wirksam, letztere dann, wenn sie der Empfänger wahrnimmt.

Die Vorschrift des § 130 BGB ist dispositiv. Umstritten ist daher in diesem Zusammenhang die Frage, wann ein Angebot dem öffentlichen Auftraggeber dann zugeht, wenn er eine bestimmte Stelle bzw. sogar ein bestimmtes Zimmer benannt hat. Nach einer Ansicht soll dann eine rechtzeitige Abgabe bspw. nur beim Pförtner – also ohne auch die rechtzeitige Vorlage bei der Stelle bzw. im Zimmer – als verspätet zurückzuweisen sein. Die Gegenmeinung meint, dass es in jedem Fall genügt, wenn die Sendung bei der hierfür eingerichteten Stelle angelangt ist; der Weiterleitung an den zuständigen Amtsträger bedarf es selbst dann nicht, wenn in den Vergabeunterlagen bestimmt ist, dass das Angebot in einem bestimmten Zimmer vorliegen muss. Dies jedenfalls dann, wenn in der Aufforderung zur Angebotsabgabe eine postalische Versendung des Angebots ausdrücklich vorgesehen war. Eine wirksame Beschränkung auf das in der Aufforderung zur Angebotsabgabe neben der Postanschrift vorgesehene Zimmer soll dann nicht möglich sein.

Fraglich bleibt aber, ob dies auch dann gilt, wenn der Bieter aufgrund der Eilbedürftigkeit die Übermittlung des Angebots durch einen Paketzusteller gewählt hat. Wollte man diesen Paketboten als sogenannten Erklärungsboten qualifizieren, handelte es sich um die Abgabe einer verkörperten Willenserklärung unter Anwesenden. Nach herrschender Meinung erfordert der Zugang einer derart unter Anwesenden abgege-



benen verkörperten Willenserklärung, dass sie so in den Machtbereich des Empfängers gelangt, dass damit zu rechnen ist, der Empfänger könne Kenntnis nehmen. Anders als bei einer Erklärung unter Abwesenden genügt dann die bloße Möglichkeit der Kenntnisnahme nicht, vielmehr muss der Adressat Verfügungsgewalt über das Schriftstück erlangt haben. Erforderlich ist hier also die Übergabe an einen Empfangsvertreter, eine Person, die zur Entgegennahme von Erklärungen bevollmächtigt ist, etwa Prokuristen, Generalbevollmächtigte, Handlungsbevollmächtigte.

Mit der bloßen Entgegennahme des Angebots durch einen Mitarbeiter der Empfang-Poststelle des öffentlichen Auftraggebers wäre damit aber noch kein Zugang des Angebots erfolgt, da diese keine „Empfangsvertreter“ sind; deren Tätigkeit liegt nämlich keine Bevollmächtigung zur Entgegennahme von Erklärungen zugrunde. Die entsprechenden Mitarbeiter haben insoweit lediglich die Funktion einer „personifizierten Empfangseinrichtung“. Erst mit der Weiterleitung an einen Empfangsvertreter erfolgte dann der Zugang. Wäre dies der Verhandlungsleiter, wäre damit das Angebot verspätet zugegangen.

Das OLG Karlsruhe (Beschl. v. 15.02.2016 - 15 U 38/15 - nicht veröffentlicht) wertet allerdings ohne nähere Begründung die Übermittlung eines Angebots durch einen Kurier / Boten als Erklärung unter Abwesenden und erachtet damit das Angebot bereits mit der Übergabe an den Mitarbeiter einer Posteingangsstelle des öffentlichen Auftraggebers als zugegangen.

### Fehlendes Verschulden

Neben dem rechtzeitigen Zugang des Angebots beim öffentlichen Auftraggeber setzt die nachträgliche Zulassung nach § 14 EU Abs. 5 VOB/A bzw. § 14 Abs. 6 VOB/A voraus, dass das nicht rechtzeitige Vorliegen des Angebots beim Verhandlungsleiter zum Zeitpunkt der Öffnung des ersten Angebots dem Bieter nicht angelastet werden kann. Im Ausgangspunkt ist dabei davon auszugehen, dass die Gründe dafür, dass ein rechtzeitig eingegangenes Angebot dem Verhandlungsleiter vor Öffnung des ersten Angebots nicht vorlag, allein in der Sphäre des Auftraggebers liegen müssen. Der Bieter hat seinerseits alles zu tun, um die rechtzeitige Vorlage seines

Angebots beim Verhandlungsleiter zu erreichen. Nach dieser Maßgabe kann die verspätete Weiterleitung nur dann nicht dem Bieter (mit-) angelastet werden, wenn das Angebot so rechtzeitig eingegangen ist, dass das Personal des Auftraggebers unter gewöhnlichen Umständen innerdienstlich in der Lage gewesen wäre, das Angebot dem Verhandlungsleiter zuzuleiten. Dass der Auftraggeber zusätzliche Kräfte für die Weiterleitung von sehr kurzfristig vor dem Eröffnungstermin eingehender Angebote bereithält, kann der Bieter nicht erwarten.

In diesem Zusammenhang kommt das OLG Karlsruhe in der o.g. Entscheidung zu dem Ergebnis, dass bei einer Abgabe des Angebots erst ca. 30 Minuten vor dem Eröffnungstermin beim öffentlichen Auftraggeber durch einen Kurierdienst, ein Mitverschulden des Bieters an der verspäteten Vorlage beim Verhandlungsleiter nur dann verneint werden kann, wenn der Mitarbeiter des Kurierdienstes bei Abgabe des Angebots nochmals ausdrücklich und nachdrücklich auf die absolute Eilbedürftigkeit hingewiesen hat, sich also in dieser Situation nicht allein auf den üblicherweise auf den Angeboten abgebrachten roten Hinweiszettel verlassen hat. Für eine Vorlaufzeit von ca. 1 h indes hat allerdings der gleiche Senat des OLG Karlsruhe (in anderer Besetzung) entschieden, dass ein ergänzender ausdrücklicher Hinweis des Mitarbeiters des Kurierdienstes auf die absolute Eilbedürftigkeit nicht erforderlich sei, um eine Mitverantwortung des Bieters an der verspäteten Weiterleitung auszuschließen (Beschl. v. 15.02.2016 - 15 U 38/15 - nicht veröffentlicht).

### Fazit

Die Zulassung verspäteter Angebote nach § 14 Abs. 6 VOB/A bzw. § 14 EU Abs. 5 VOB/A wirft mehrere interessante Rechtsfragen auf, die in der Rechtsprechung (noch) nicht einheitlich beantwortet werden. Im Einzelfall sollte daher genau überprüft werden, ob nicht gegen eine nachträgliche Zulassung eines verspäteten Angebots angegangen werden bzw. sich gegen eine Nichtberücksichtigung wegen verspäteter Vorlage beim Verhandlungsleiter zur Wehr gesetzt werden kann. ■

### Helmut Ebersbach

Rechtsanwalt und Fachanwalt  
für Bau- und Architektenrecht



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 Prof. Dr. Hans Ganten**

c/o 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  
Ravensberger Straße 12b, 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 PartGmbB,  
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 RA MICHAEL SCHORN**

c/o 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 Einfeld Halfmann Biernoth Rechtsanwälte,  
Oldenburg**

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

**9 MUFFLER KITTLER KRIEGER HAHNE PartmbB  
Partnerschaftsgesellschaft  
mit beschränkter Berufshaftung**

Goethestraße 25a, 80336 München,  
T 089 5508945-0  
www.mlk-partner.de

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

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

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

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

**12 Steiger, Schill & Kollegen Rechtsanwälte**

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