

Ausgabe 02.2019



SCHRAMEK, MEIER & COLL.  
RECHTSANWÄLTE

WEIMAR

# news

NEWSLETTER DER KANZLEI  
SMC SCHRAMEK, MEIER & COLL. -  
RECHTSANWÄLTE

BAU- UND ARCHITEKTENRECHT · VERGABERECHT · ARBEITSRECHT · VERKEHRSRECHT  
FAMILIENRECHT · ERBRECHT · MIET- UND WOHNUNGSEIGENTUMSRECHT



**Andreas Schramek** Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Fachanwalt für Verkehrsrecht

**Christian Meier** Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
Fachanwalt für Vergaberecht

**Fee-Marie von Witzleben** Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Familienrecht  
Fachanwältin für Erbrecht

**Stefan Vasters** Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
Fachanwalt für Vergaberecht

**Petra Schäfer** Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Miet- und  
Wohnungseigentumsrecht

**Jens Greskamp** Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
Dipl.-Bauing.

**Bernhard Leisner** Rechtsanwalt

**Leonie Haupt** Rechtsanwältin

# Inhalt

## EDITORIAL

Andreas Schramek & Christian Meier **03**

## VERKEHRSRECHT

**Kein Absehen vom Regelfahrverbot wegen Auswirkung auf Nebentätigkeit** von Andreas Schramek **04**

**Fahrverbot trotz wirtschaftlicher Existenzgefährdung** von Andreas Schramek **05**

**Raserfotos von Jenoptik-Blitzer unverwertbar?** von Andreas Schramek **06**

## FAMILIENRECHT

**Jugendamtsurkunde lebte nach Ehescheidung wieder auf** von Fee-Marie von Witzleben **07**

## ERBRECHT

**Der digitale Nachlass** von Leonie Haupt **07**

## MIET- UND WOHNUNGSEIGENTUMSRECHT

**Das Verbot der kurzzeitigen Vermietung von Eigentumswohnungen ist nur mit Zustimmung aller Wohnungseigentümer möglich** von Petra Schäfer **09**

## SOZIALRECHT

**Spaziergehen in der Mittagspause unfallversichert?** von Andreas Schramek **10**

## GESELLSCHAFTSRECHT

**Beirat – Baustein für eine erfolgreiche Unternehmensnachfolge?** von Dr. Philipp Bollacher **11**

**Beraterhaftung – Darlegungs- und Beweislast für vorsätzliches Handeln einer Bank** von Oliver Peters **12**

## ARCHITEKTENRECHT

**Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der HOAI**

**Mindest- und Höchstsätze – Auswirkungen der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes**  
von Bernhard Leisner **13**

**Die Haftung des Architekten bei Überschreitung einer vereinbarten Baukostenobergrenze**  
von Bernhard Leisner **15**

## VERGABERECHT

**Auswirkungen des EuGH-Urteils zur HOAI auf das Vergaberecht** von Jens Greskamp **17**

SMC Autoren & RB Gastautoren **19 / 22**

Impressum **23**

## EDITORIAL



Sehr geehrte Damen und Herren,

am 04.07.2019 erging die mit Spannung erwartete Entscheidung des EuGH im Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland aufgrund der Preisvorschriften in der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure. Die Folgen dieser Entscheidung beleuchtet Rechtsanwalt Bernhard Leisner unter Berücksichtigung nachfolgend ergangener Entscheidungen nationaler Gerichte. Doch nicht nur auf das Preisrecht selbst sondern auch auf das Vergaberecht wirkt sich das Urteil des EuGH aus. Mit dem zugehörigen Beschluss der Vergabekammer des Bundes beschäftigt sich Rechtsanwalt Jens Greskamp in seinem Beitrag.

In Gastbeiträgen unserer Kooperationspartner RB Reiserer Biesinger Rechtsanwaltsgesellschaft mbH setzt sich Rechtsanwalt Oliver Peters anhand eines aktuellen Beschlusses des Bundesgerichtshofs mit der Darlegungs- und Beweislast bei vorsätzlichem Handeln einer Bank auseinander. Herr Rechtsanwalt Dr. Philipp Bollacher gibt Empfehlungen zur Planung der Unternehmensnachfolge.

Auch in unseren weiteren Beiträgen in diesem Heft zum Sozial-, Verkehrs-, Architekten-, Erb- und Wohnungseigentumsrecht halten wir wieder interessante Neuigkeiten für Sie bereit.

Wir wünschen Ihnen viel Freude bei der Lektüre der vorliegenden SMC-News und verbleiben mit den besten Grüßen aus Weimar

**Andreas Schramek**  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Fachanwalt für Verkehrsrecht  
Partner der Kanzlei Schramek, Meier & Coll. Part mbB

**Christian Meier**  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
Fachanwalt für Vergaberecht  
Partner der Kanzlei Schramek, Meier & Coll. Part mbB



**Andreas Schramek** Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Fachanwalt für Verkehrsrecht

## KEIN ABSEHEN VOM REGELFAHRVERBOT WEGEN AUSWIRKUNG AUF NEBENTÄTIGKEIT (Amtsgericht Dortmund)

Berufliche Schwierigkeiten durch ein Fahrverbot im Rahmen eines Nebenjobs, durch den ein stellvertretender Filialleiter eines Getränkemarktes monatlich EUR 300,00 bis EUR 400,00 verdient, sind nicht ausreichend, um von einem Regelfahrverbot absehen zu können.

Das Amtsgericht Dortmund hat den Betroffenen wegen fahrlässiger Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit zu einer Geldbuße verurteilt und ein Fahrverbot von einem Monat angeordnet. Der Betroffene (ledig, kinderlos) ist stellvertretender Filialleiter eines Getränkemarkts. Neben seinem Verdienst im Getränkemarkt von etwa EUR 1.640,00 hat der Betroffene noch einen Nebenjob als Kellner, bei dem er monatlich zwischen EUR 300,00 und EUR 400,00 verdient. Seine Arbeitshin- und Rückwege bewältigte der Betroffene mittels PKW. Das Gericht war der Auffassung, der Betroffene könne zu seinem Arbeitsplatz beim Getränkemarkt jederzeit mit öffentlichen Verkehrsmitteln fahren.

Für den Verstoß des Betroffenen sei ein Regelfahrverbot von einem Monat vorgesehen, so dass der grobe Pflichtenverstoß des § 25 StVG hierdurch indiziert ist. Der Betroffene habe

pauschal berufliche Schwierigkeiten durch das angeordnete Fahrverbot geltend gemacht. Er habe im Rahmen der Nachfragen des Gerichts Angaben gemacht. Insbesondere habe er noch nicht mit seinem Arbeitgeber gesprochen, so dass die Frage einer Kündigung sich zur Zeit der Hauptverhandlung gar nicht gestellt habe. Schließlich habe das Gericht auch sonst keine Schwierigkeiten beruflicher Art feststellen können. Der Hauptarbeitsplatz des Betroffenen sei für ihn durch öffentliche Verkehrsmittel erreichbar. Zur Ausübung dieses Hauptberufes sei ein Führerschein nicht zwingend notwendig, wie der Betroffene auch selbst ausgeführt habe. Dem Gericht sei dabei auch bewusst gewesen, dass gemäß § 4 Abs. 4 BKatV die Möglichkeit besteht, gegen Erhöhung der Geldbuße von einem Regelfahrverbot abzusehen. Angesichts einer wenige Jahre zurückliegenden Fahrerlaubnisentziehung des Betroffenen und einer weiteren Eintragung im Fahreignungsregister erschien dem Gericht eine Anwendung dieser Vorschrift nicht für geboten.

Praxishinweis: Wird der Tatbestand eines Regelfahrverbots erfüllt und liegen keine tatbezogenen Umstände vor, die das Erfolgs- und Handlungsunrecht relevant vermindern, wird die

Angemessenheit des Fahrverbotes unterstellt. Nur unangemessene und somit unzumutbare Härten können diese Vermutung entkräften. Unannehmlichkeiten und Belastungen, die jeden Betroffenen in vergleichbarer Situation treffen, wie etwa die Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel zum Erreichen des Arbeitsplatzes, sind während einer überschaubaren Dauer des Fahrverbots als selbstverschuldet hinzunehmen. Unangemessen ist dagegen eine Existenzgefährdung bei Anordnung des Fahrverbots. Bei Arbeitnehmern ist das bei einer drohenden Kündigung der Fall.

Auswirkungen auf die Ausübung einer Nebentätigkeit werden in diesem Kontext allerdings strenger beurteilt. So entfällt das Fahrverbot nicht, wenn der Betroffene wegen des Fahrverbots eine geringfügige Nebentätigkeit als Fahrer verliert. Gleiches gilt, wenn das Nebeneinkommen nur der Hebung, nicht der Sicherung des Lebensstandards dient. Bei einem Rentner ist es ebenfalls ohne Belang, wenn während des Fahrverbots der Nebenverdienst durch Warentransporte entfällt oder er noch in erheblichem Umfang als Architekt freiberuflich tätig ist. Erst recht gilt dies für unentgeltliche Nebentätigkeit, wie etwa ehrenamtlicher Art.



**Andreas Schramek** Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Fachanwalt für Verkehrsrecht

## FAHRVERBOT TROTZ WIRTSCHAFTLICHER EXISTENZGEFÄHRDUNG (OLG Karlsruhe,

Beschluss vom 23.04.2019, Az. 2 Rb 8 Ss 229/19)

Das Amtsgericht verurteilte einen Betroffenen wegen fahrlässiger Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit zu EUR 160,00 Geldbuße und ordnete ein Fahrverbot von einem Monat an. Das OLG Karlsruhe hat die Rechtsbeschwerde des Betroffenen, mit der in erster Linie die Anordnung des Fahrverbotes beanstandet wurde, als unbegründet verworfen.

Nur ausnahmsweise können besondere Ausnahmeumstände in der Tat (z. B. atypischer Rotlichtverstoß) oder in der Persönlichkeit des Betroffenen (z. B. Augenblicksversagen) eine andere Bewertung rechtfertigen. Einer ausdrücklichen Erörterung bedürfte dies aber nur, wenn sich der Betroffene hierauf berufe oder sonst offensichtliche Anhaltspunkte für einen Ausnahmefall gegeben seien. Es lagen vor der hier in Rede stehenden Verurteilung noch zwei Verstöße vom 07.09.2017 und vom 18.12.2017 vor, bei denen kein Verwertungsverbot bestand.

Die Voraussetzungen für ein Absehen vom Fahrverbot lagen aber nach Auffassung des OLG Karlsruhe hier nicht vor. In Betracht komme ein Wegfall der Nebenfolge unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten nur dann,

wenn greifbare und hinreichend belegte Anhaltspunkte für eine durch das Fahrverbot eintretende Existenzgefährdung bestehen, oder wenn sich die Maßnahme anderweitig als besondere Härte darstellen würde, sodass von ihr abgesehen werden müsse. Hierbei sei allerdings zu berücksichtigen, dass es gerade zum Wesen und zum Zweck des Fahrverbotes als einer „Denkzettel- und Besinnungsmaßnahme“ mit Erziehungsfunktion für den Betroffenen gehöre, dass mit ihm – auch erhebliche – Erschwernisse in persönlicher und wirtschaftlicher Hinsicht einhergehen. Ein solcher Ausnahmefall liege danach nur dann vor, wenn dem Betroffenen in Folge des Fahrverbotes der Verlust der wirtschaftlichen Existenz drohe und diese Konsequenz nicht durch zumutbare Vorkehrungen abgewendet oder vermieden werden könne. Bei entsprechendem Vorbringen des Betroffenen müsse sich das Urteil damit auseinandersetzen.

Daran fehlte es jedoch im vorliegenden Fall, obwohl der Betroffene geltend gemacht hat, dass mit dem Fahrverbot der Ausfall seines Verdienstes als selbstständiger Taxifahrer, mit dem allein der Unterhalt seiner sechsköpfigen Familie bestritten werde, verbunden sei und er zudem hohe Verbindlichkeiten habe. Dies wäre allerdings nach Auffassung des Gerichts dazu in Beziehung zu setzen gewesen, dass eine frühere Anordnung eines Fahrverbots ersichtlich nicht zum Verlust der wirtschaftlichen Existenz geführt habe und der Mindestunterhalt der Familie jedenfalls durch sozialhilferechtliche Ansprüche gesichert gewesen wäre. Ungeachtet dessen sei die Anordnung des Fahrverbotes vorliegend auch bei Annahme einer Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz geboten gewesen. Es sei anerkannt, dass der Gesichtspunkt einer nachhaltigen Existenzgefährdung zurückzutreten habe, wenn sich ein Betroffener gegenüber verkehrsrechtlichen Ge- und Verboten in einschlägiger Weise vollkommen uneinsichtig zeige. Andernfalls könne ein Be-

troffener- insbesondere als Lkw- oder Taxifahrer – die an sich unzumutbaren Folgen als Freibrief für wiederholtes Fehlverhalten ausnutzen.

Unzweifelhaft verwertbar waren im vorliegenden Fall eine vorangegangene Geschwindigkeitsüberschreitung innerhalb geschlossener Ortschaften und ein vorangegangener Rotlichtverstoß. Damit lagen aber innerhalb von weniger als einem halben Jahr drei Verkehrsverstöße vor, zwischen denen ein innerer Zusammenhang bestehe, wobei die Geschwindigkeitsüberschreitung als grober Verstoß einzustufen sei und sich der Betroffene auch durch die Anordnung eines Fahrverbots für die vorangegangene Tat nicht beeindruckt gezeigt habe. Dies belege, dass es ihm in besonders hohem Maß an der erforderlichen rechtstreuen Gesinnung und der Einsicht in früheres Fehlverhalten fehle, weshalb auch bei der Annahme einer wirtschaftlichen Existenzgefährdung die Anordnung des Fahrverbotes zur Einwirkung auf den Betroffenen unerlässlich sei.

### Fazit

**Grundsätzlich ist die Anordnung des Fahrverbotes selbstverschuldet, sodass es der Darlegung des Betroffenen zu einer unzumutbaren Härte bedarf. Die Angaben des Betroffenen sind zu hinterfragen, was das OLG Karlsruhe hier mit der vorzunehmenden sozialhilferechtlichen Gegenrechnungen aufzeigt. An die Zumutbarkeit von Beeinträchtigungen sind darüber hinaus geringere Anforderungen zu stellen, wenn der Betroffene einschlägig vorgeahndet ist und durch die bislang verhängten Sanktionen nicht hinreichend beeindruckt werden konnte. Ein Fahrzeugführer, der ein Fahrverbot durch mangelnde Verkehrsdisziplin riskiert, kann nicht geltend machen, auf den Führerschein angewiesen zu sein.**





**Andreas Schramek** Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Fachanwalt für Verkehrsrecht

## RASERFOTOS VON JENOPTIK- BLITZER UNVERWERTBAR?

Raser bekommen möglicherweise eine zweite Chance. Die Richter des Saarländischen Verfassungsgerichtshofes gaben einer Verfassungsbeschwerde gegen das Messverfahren des Blitzers der Marke TraffiStar S350 der Firma Jenoptik Recht.

Laut Urteilsbegründung sind die Ergebnisse des Messverfahrens mit dem Jenaer Gerät wegen einer verfassungswidrigen Beschränkung des Rechts auf eine wirksame Verteidigung unverwertbar und die gegen den Beschwerdeführer geführten Bußgeldentscheidungen aufzuheben. Der Betroffene wurde 2016 wegen Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit innerhalb geschlossener Ortschaften um 27 km/h zu einem Bußgeld von EUR 100,00 verurteilt. Anhand der vom Anwalt erwirkten Herausgabe der Rohmessdaten sowie der Lebensakte des verwendeten Blitzers war ein Sachverständiger zu dem Ergebnis gelangt, dass eine „unabhängige Geschwindigkeitskontrolle nicht annäherungsweise möglich“ ist, da das Gerät nicht alle Messdaten speichere. Ungeachtet dessen wiesen sowohl das Amtsgericht Saarbrücken als auch das Saarländische Oberlandesgericht die Einsprüche des Betroffenen zurück.

Dagegen sei jedoch nach Auffassung der Verfassungsrichter des Saarländischen Verfassungsgerichtshofes der Kläger in seinen Grundrechten auf ein faires Verfahren und eine effektive Verteidigung verletzt. Die Entscheidung betrifft freilich zunächst nur Verfahren im Saarland. Es bleibt insoweit abzuwarten, wie andere Gerichte auf einen entsprechenden Einwand der Verteidiger reagieren werden. Die Firma Jenoptik erklärte jedenfalls, man halte das Urteil für nicht richtig. Es setze zum einen ein schlechtes Zeichen für die Verkehrssicherheit in Deutschland und im Übrigen würde die Messtechnik zuverlässig und korrekt funktionieren. TraffiStar S350 erfülle alle bestehenden, gesetzlichen Regelungen für eichpflichtige Messgeräte.

Jenoptik sieht sich auch nicht veranlasst, die Anlagen in anderen Bundesländern abzuschalten oder nachzurüsten. Zumindest die Thüringer Landespolizeidirektion teilte mit, dass von ihr keine TraffiStar-Geräte verwendet würden. Informationen darüber, welche Kommunen den TraffiStar S350 in Thüringen zum Einsatz bringen, waren nicht zu bekommen. Erste Entscheidungen bleiben also abzuwarten.

### Fazit

**Auf Bußgeldbescheiden ist immer anzugeben, welches Messgerät verwendet wurde. Ein genauer Blick hierauf könnte sich also lohnen!**



**Fee-Marie von Witzleben** Rechtsanwältin  
Fachwältin für Familienrecht  
Fachwältin für Erbrecht

## JUGENDAMTSURKUNDE LEBTE NACH EHE- SCHEIDUNG WIEDER AUF

Oft gestalten sich heute die familiären Strukturen so, dass Paare vor dem Zusammenleben oder der späteren Eheschließung ein Kind haben. Entsprechend wurde vorher eine Jugendamtsurkunde über die Verpflichtung zur Unterhaltszahlung erstellt. Die Errichtung der Unterhaltsverpflichtungsurkunde ist damit zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu dem ein Elternteil barunterhaltspflichtig war gegenüber dem in Obhut des anderen Elternteils lebenden Kindes. Mit der Eheschließung der Kindeseltern endet diese Barunterhaltsverpflichtung bzw. wandelt sich die Barunterhaltsverpflichtung in eine Natural- bzw. Betreuungspflicht. Damit kann der auf Barunterhalt gerichtete Titel während des ehelichen Zusammenlebens keine Wirkung mehr entfachen.

Bisher wurde allgemein davon ausgegangen, dass mit einer späteren Trennung der Eltern dieser alte Unterhaltstitel weiter keine Wirkung mehr entfaltet. Gestützt wird die Auffassung durch den Beschluss des OLG Celle vom 18.08.2014, Az. 10 WF 50/10, wonach die Barunterhaltsverpflichtung des Unterhaltsschuldens mit der Heirat der Kindeseltern endet und ein entsprechender Barunterhaltstitel damit seine Wirkung gänzlich verliert. Tatsächlich hat der BGH bereits im Jahre 1996 (BGH, FamRZ

1997, 281, II ZR 70/95) entschieden, dass ein Kindesurteilsanspruch mit der Heirat der Eltern nicht entfällt, sondern im Rahmen des familiären Zusammenlebens erfüllt wird, aber für die Zeit der Trennung bzw. Scheidung fortwirkt. Dies wurde auch vom Oberlandesgericht Brandenburg (Beschluss vom 08.09.2016, 13 OF 54/15; OLG Jena, 1 UF 155/18) bestätigt, wonach ein Zusammenleben der Eltern nach Titulierung von Kindesunterhalt dem in die Zukunft gerichteten Titel weder seine Vollstreckbarkeit nimmt, noch den titulierenden Unterhaltsanspruch entfallen lässt.

Um ein böses Erwachen zu verhindern, sollten barunterhaltspflichtige Eltern mit Eheschließung oder Zusammenleben vom jeweiligen Partner Erklärungen erwirken oder in den Ehevertrag aufnehmen, dass mit Eheschließung oder Zusammenleben aus früheren Unterhaltstiteln nach der Trennung nicht mehr vollstreckt werden kann. Dies ist auch angemessen, damit dann bei einer möglichen Trennung und bei einer erneuten Unterhaltsverpflichtung auch die aktuellen Verhältnisse zugrunde gelegt werden können.



**Leonie Haupt** Rechtsanwältin

## DER DIGITALE NACHLASS – BGH, URTEIL VOM 12.07.2018, III ZR 183/17

Mit Blick auf die Allgegenwart des digitalen Lebens war es nur eine Frage der Zeit, bis die Problematik des digitalen Nachlasses und der Vererblichkeit von Daten von Oberlandesgerichten und vom Bundesgerichtshof einer Klärung zugeführt wird.

Fast jeder nutzt soziale Netzwerke wie Facebook, Instagram, Twitter, kommuniziert über verschiedene E-Mail-Accounts oder digitale Nachrichtendienste wie Whatsapp oder Skype und speichert Daten in Clouds wie iCloud oder Dropbox ab.

Was passiert aber mit den verschiedenen Benutzerkonten und Daten, wenn der Nutzer verstirbt?

Diese Frage hatte der BGH im Sommer 2018 zu klären. In dem zu entscheidenden Fall klagte eine Mutter gegen den Internetprovider Facebook auf Zugang zum Benutzerkonto ihrer verstorbenen Tochter. Die Mutter konnte trotz Eingabe der Zugangsdaten nicht auf das Konto zugreifen, weil dieses von Facebook nach dem Tod des Mädchens in den sog. Gedenkzustand versetzt wurde mit der Folge, dass letztlich nur Facebook Zugriff auf das Konto hatte und die von der Erblasserin zu Lebzeiten geteilten Inhalte für ihre Kontakte sichtbar blieben.

Nachdem das zweitinstanzliche Gericht, das KG Berlin, zugunsten von Facebook entschieden und den Zugang insbesondere wegen Unvereinbarkeit mit dem Schutz des Fernmeldegeheimnisses nach § 88 TKG verweigerte, entschied der BGH, dass die Eltern als Erben die begehrten Zugangs- und Nutzungsrechte erhalten müssen.

Der BGH stellte mit dieser Entscheidung klar, dass der digitale Nachlass genauso zu behandeln sei wie der sonstige Nachlass. Der Erbe tritt im Wege der Universalsukzession nach § 1922 BGB uneingeschränkt in sämtliche Rechtsbeziehungen des Erblassers ein, auch in Rechte und Pflichten an Onlinediensten. Hinterlässt der Erblasser also Accounts bei Onlinediensten, haben die Erben, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist, die gleichen Rechte wie der Erblasser, also bspw. auf Zugangsverschaffung, Datenherausgabe und auch Kontolöschung.

Nach Auffassung des BGH ist es zwar möglich, Vereinbarungen hinsichtlich der Vererbbarkeit eines Rechtsverhältnisses zu treffen, dies sei im vorliegenden Fall aber nicht erfolgt. Ein Ausschluss der Vererbbarkeit könne auch nicht über AGB erfolgen, weil eine derartige Bestimmung mit dem wesentlichen Grundgedanken einer gesetzlichen Regelung (§ 1922 BGB) nicht vereinbar sei.

Der BGH führte weiter aus, dass es sich bei den Zugangs- und Nutzungsrechten von Accounts zu sozialen Netzwerken nicht um höchstpersönliche Rechtsverhältnisse handele, welche nicht vererbbar wären. Der Höchstpersönlichkeit stehe entgegen, dass jedermann ohne vorherige Identitätsprüfung Zutritt zu der Plattform erhalte. Außerdem könne kein Nutzer darauf vertrauen, dass der Absender oder Empfänger die ausgetauschten Nachrichten nicht Dritten offenlege. Im Falle des Todes des Kommunikationspartners müsse jeder Nutzer damit rechnen, dass die Erben Zugriff auf das Konto erhalten und Kenntnis von den Konto-inhalten nehmen.

Die Ansicht des KG, dass das Fernmeldegeheimnis Vorrang habe, kritisiert der BGH in seiner Entscheidung deutlich. Der Erbe sei kein „anderer“ i.S.d. § 88 Abs. 3 TKG, sondern mit dem Erbfall Beteiligten der im Zeitpunkt des Erbfalls nicht beendeten und deshalb dem Schutz des Fernmeldegeheimnisses unterstehenden Kommunikationsvorgänge geworden. Die Beurteilung des KG führe ohne nachvollziehbaren Grund zu einer Durchbrechung des erbrechtlichen Grundsatzes der Universalsukzession.

Nach Ansicht des BGH sei auch das postmortale Persönlichkeitsrecht der Erblasserin nicht verletzt. Sollte es zum Missbrauch von Daten

durch die Erben kommen, können die nahen Angehörigen dagegen gerichtlich vorgehen. Der Datenschutz wäre nicht anwendbar, weil dieser nur lebende Personen schütze.

#### Fazit

**Das Rechtsklarheit schaffende Urteil des BGH ist zu begrüßen. Eine Unterscheidung zwischen analogem und digitalem Nachlass darf nicht erfolgen.**

**Vermutlich ist davon auszugehen, dass Internetprovider versuchen werden, die Vererbbarkeit der bei ihnen gespeicherten Daten, bspw. über Individualvereinbarungen auszuschließen.**

**Daher sollte sich jeder Nutzer rechtzeitig Gedanken machen, was mit seinem digitalen Nachlass passieren soll. Beispielsweise kann eine Vertrauensperson ausgewählt werden, die über den Tod hinaus bevollmächtigt wird, das digitale Erbe zu verwalten. Damit diese Person tätig werden kann, ist es sinnvoll eine verschlüsselte Liste zu erstellen, in der sämtliche Accounts mit Benutzernamen und Passwort genannt werden. Wichtig ist, diese Liste immer zu aktualisieren.**



**Petra Schäfer** Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Miet- und  
Wohnungseigentumsrecht



## DAS VERBOT DER KURZZEITIGEN VERMIETUNG VON EIGENTUMSWOHNUNGEN IST NUR MIT ZUSTIMMUNG ALLER WOHNUNGSEIGENTÜMER MÖGLICH

Der BGH hatte in seinem Urteil vom 12.04.2019 - Az. V ZR 112/18 die Frage zu entscheiden, ob und unter welchen Voraussetzungen die kurzzeitige Vermietung von Eigentumswohnungen (z.B. an Feriengäste) auf der Grundlage einer sogenannten Öffnungsklausel durch Mehrheitsbeschluss verboten werden kann. Im Ergebnis urteilte der BGH, dass ein Beschluss mit einer Mehrheit von 75% aller Miteigentumsanteile über das Verbot der kurzzeitigen Vermietung von Eigentumswohnungen rechtswidrig ist, weil die Zustimmung einer Eigentümerin fehlte. Der von der Eigentümerin erhobenen Beschlussmängelklage wurde stattgegeben.

In dem von dem BGH zu entscheidendem Fall ist die Klägerin Eigentümerin einer Wohnung und die Beklagten die übrigen Wohnungseigentümer. Die Teilungserklärung enthält eine Regelung, wonach den Wohnungseigentümern auch die kurzfristige Vermietung ihrer Wohnungen (z.B. an Feriengäste) gestattet ist. Eine sogenannte Öffnungsklausel sieht vor, dass die Teilungserklärung mit einer Mehrheit

von 75% aller Miteigentumsanteile geändert werden kann. Mit einer solchen Mehrheit beschlossen die Wohnungseigentümer in der Eigentümerversammlung, die Teilungserklärung dahingehend zu ändern, dass die Überlassung einer Wohnung an täglich oder wöchentlich wechselnde Feriengäste, vor Ort befristet Tätige oder andere Mieter mit Unterkunftbedürfnissen von kurzer Dauer sowie eine Nutzung als Werkwohnung nicht mehr zulässig ist. Der BGH entschied hierzu, dass der Beschluss rechtswidrig ist.

Nach der bislang geltenden Gemeinschaftsordnung war die kurzzeitige Vermietung zulässig. Dienen Einheiten - wie hier - zu Wohnzwecken, ist dies nämlich als Zweckbestimmung mit Vereinbarungscharakter anzusehen. Die zulässige Wohnnutzung umfasst, wie der BGH schon im Jahr 2010 entschieden hat, auch die Vermietung an täglich oder wöchentlich wechselnde Feriengäste. Diese Vermietungsformen waren bislang in der Teilungserklärung sogar ausdrücklich erlaubt.

Im Ausgangspunkt erlaubt es die allgemeine Öffnungsklausel den Wohnungseigentümern zwar, solche Vereinbarungen mit qualifizierter Mehrheit zu ändern. Zum Schutz der Minderheit sind dabei aber bestimmte fundamentale inhaltliche Schranken zu beachten. Das gilt unter anderem für Beschlussgegenstände, die zwar verzichtbare, aber „mehrheitsfeste“ Rechte der Sondereigentümer betreffen. Zu diesen Rechten eines Sondereigentümers gehört die Zweckbestimmung seines Wohnungs- oder Teileigentums. Die Zweckbestimmung gibt vor, wie die Einheit zulässigerweise genutzt werden darf. Deshalb hat sie aus Sicht des Sondereigentümers entscheidenden Einfluss auf den Wert seiner Einheit. Wird sie geändert oder eingeschränkt, betrifft dies die Nutzung des Sondereigentums in substantieller Weise. Derartige Eingriffe bedürfen jedenfalls der Zustimmung des Eigentümers der Einheit,

deren Zweckbestimmung geändert werden soll. Das ergibt sich aus einer verfassungskonformen Auslegung der allgemeinen Öffnungsklausel, die dem Umstand Rechnung trägt, dass das Sondereigentum als echtes Eigentum im Sinne von § 903 BGB und Art. 14 GG ausgestaltet ist. Beispielsweise berechtigt eine solche Klausel nicht dazu, eine als Gaststätte dienende Teileigentumseinheit ohne Zustimmung des Teileigentümers mit der Zweckbestimmung Büro zu versehen, weil die Mehrheit den Gaststättenbetrieb als störend empfindet.

Auch Vermietungsverbote greifen in die Zweckbestimmung des Wohnungseigentums ein. Ein generelles (also sowohl auf kurz - als auch auf langfristige Vermietungen bezogenes) Vermietungsverbot könnte nur dann rechtmäßig sein, wenn nicht nur die aktuell Vermietenden, sondern alle Wohnungseigentümer zustimmen. Denn auch die Zweckbestimmung solcher Einheiten, die im Zeitpunkt der Beschlussfassung von den Eigentümern selbst genutzt werden, würde eingeschränkt, wenn eine Vermietung fortan unterbleiben müsste. Die Wohnungseigentümer haben zwar kein generelles, sondern ein spezielles Vermietungsverbot beschlossen, mit dem nur bestimmte, nämlich kurzfristige Vermietungen untersagt werden. Ein solches Verbot kann aber nur mit Zustimmung aller Wohnungseigentümer beschlossen werden. Denn es verengt die zuvor weite Zweckbestimmung der Einheit und schränkt das in § 13 Abs. 1 WEG gewährleistete Recht jedes einzelnen Wohnungseigentümers, mit seinem Sondereigentum nach Belieben zu verfahren, dauerhaft in erheblicher Weise ein.

Über die Nutzung des Sondereigentums darf, soweit nichts anderes vereinbart ist, der Sondereigentümer frei entscheiden, er darf sich darauf verlassen, dass seine auf das Sondereigentum bezogenen Nutzungsbefugnisse nicht ohne sein Zutun eingeschränkt werden. Infolge-





dessen dürfen auch Vermietungen von besonders kurzer Dauer oder bestimmter Art – wie etwa die Vermietung als Ferien – oder Werkswohnung – nur mit Zustimmung aller Wohnungseigentümer verboten werden. Andernfalls entstünden im Übrigen erhebliche Abgrenzungs- und Wertungsprobleme.

Die Eigentumsrechte der übrigen Wohnungseigentümer werden hierdurch nicht außer Acht gelassen. Allerdings erfordern Regelungen, die – wie das Verbot der kurzzeitigen Vermietung in einer reinen Wohnungseigentumsanlage – die Zweckbestimmung aller Einheiten betreffen, eine einstimmige Beschlussfassung; diese zu erreichen, kann sich gerade in größeren Anlagen als schwierig erweisen.

#### Fazit

**Den übrigen Wohnungseigentümern stehen gegebenenfalls andere Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung. Was die Kurzzeitvermietung angeht, müssen damit einhergehende Störungen wie Überbelegung, fortwährende Verstöße gegen die Hausordnung oder Lärmbelästigungen durch Feriengäste nicht hingenommen werden. Diese können durch einen Unterlassungsanspruch gemäß § 15 Abs. 3 WEG verhindert werden. Solche Störungen haben die Beklagten in diesem Fall nicht geltend gemacht. Der von den Beklagten aufgeführte Umstand, dass die kurzzeitigen Mieter den anderen Bewohnern unbekannt sind, stellt für sich genommen keine Störung dar.**



**Andreas Schramek** Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Fachanwalt für Verkehrsrecht

### SPAZIERENGEHEN IN DER MITTAGSPAUSE UNFALLVERSICHERT?

Das Landessozialgericht Hessen hat in seinem Urteil vom 14.06.2019 (Az.: L 9 U 208 / 17) festgestellt, dass Spaziergehen in der Mittagspause nicht unfallversichert ist.

Arbeitnehmer sind grundsätzlich dann unfallversichert, solange sie eine betriebsdienliche Tätigkeit ausüben. Spaziergehen in einer Arbeitspause stellt jedoch nach Auffassung des Gerichts eine eigenwirtschaftliche Verrichtung dar. Verunglückt ein versicherter Arbeitnehmer hierbei, ist dies daher kein Arbeitsunfall im Sinne der gesetzlichen Unfallversicherung.

Ein 1962 geborener Arbeitnehmer arbeitete im vorliegenden Fall als Fonds-Manager bei einer Investmentgesellschaft. Hierbei konnte er seine



Arbeitszeiten weitestgehend frei bestimmen. Mittags verließ der Arbeitnehmer das Firmengelände für einen Spaziergang, stolperte hierbei über eine Steinplatte und verletzte sich an beiden Handgelenken und einem Knie. Die Berufsgenossenschaft weigerte sich, dies als Arbeitsunfall anzuerkennen. Der Versicherte sei während einer Arbeitspause verunglückt, die ein eigenwirtschaftliches Gepräge gehabt habe.

Der Versicherte wandte hiergegen ein, dass aufgrund seiner Arbeitsbelastung die Pause zur Fortsetzung der Arbeit erforderlich gewesen sei. Die Richter beider Instanzen folgen im Ergebnis der Rechtsauffassung der Berufsgenossenschaft. Die Tätigkeit des versicherten Arbeitnehmers sei zum Unfallzeitpunkt eine eigenwirtschaftliche Verrichtung gewesen, die nicht gesetzlich unfallversichert ist. Spaziergehen sei keine Haupt- oder Nebenpflicht aus dem Beschäftigungsverhältnis des Versicherten. Ferner bestehe eine arbeitsvertragliche Verpflichtung zu gesundheitsfördernden, der Aufrechterhaltung der Arbeitsfähigkeit dienenden Handlungen prinzipiell nicht. Spaziergehen sei vielmehr eine privatnützige Verrichtung, vergleichbar mit Einkaufen, Essen, Trinken, Joggen oder Fernsehen. Der Versicherte sei nach Auffassung des Gerichts auch keiner besonderen betrieblichen Belastung ausgesetzt gewesen, die ausnahmsweise einen Versicherungsschutz für den Spaziergang begründen könne.



Gastautor der RB Reiserer Biesinger  
Rechtsanwalts-Gesellschaft mbH

#### Dr. Philipp Bollacher

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Gesellschafter

### BEIRAT – BAUSTEIN FÜR EINE ERFOLGREICHE UNTERNEHMENSNACHFOLGE?

Ein Beirat ist ein gesetzlich nicht vorgeschriebenes Gremium, das zur Unterstützung und /oder Kontrolle der Geschäftsleitung eingerichtet wird. Ein solches Gremium, bezeichnet als Beirat, Verwaltungsrat, Gesellschafterausschuss, Familienrat, Kuratorium etc., kann auch bei der Unternehmensnachfolge ein wichtiger Baustein sein oder werden.

Beiratsmitglieder haben idealerweise spezifische Expertise, die sie der Geschäftsleitung und dem Unternehmen „von außen“ zur Verfügung stellen. Sie sind in das Unternehmen eingegliedert und damit „näher dran“ als Unternehmensberater, ohne dass allerdings ihr Blick von den Alltäglichkeiten des operativen Tagesgeschäfts getrübt ist. Sie können konstruktiv und ausgleichend auf die Geschäftsleitung einwirken, bieten dem Unternehmen die Möglichkeit, Entscheidungen auf breitere fachliche Grundlagen zu stellen und können dem Unternehmen zudem Zugang zu weiteren Netzwerken und /oder Experten eröffnen. Nicht ohne Grund nutzen nach aktuellen Studien weit über die Hälfte aller mittelständischen Unternehmen einen freiwilligen Beirat.

Im Zuge einer Unternehmensnachfolge kann der Beirat zum einen vorbereitend vor der Übergabe eingerichtet werden, um den Übergabeprozess aktiv zu begleiten und etwa auch einen neuen Geschäftsleiter zunächst als Beiratsmitglied auf die künftigen Aufgaben vorbereiten. Ebenso wichtig ist die Möglichkeit, die neue Unternehmensleitung nach der Übergabe durch den Beirat zu begleiten und den möglicherweise etwas unerfahrenen Entscheidungsträgern mit Rat und Tat zur Seite zu stehen. Aufgabe und Kompetenz des Beirats können dabei nahezu frei festgelegt und ausgestaltet werden. Üblich sind jedenfalls turnusgemäße Sitzungen mit der Geschäftsleitung, in der strategische und /oder solche Entscheidungen und Maßnahmen erörtert und diskutiert werden, für die der Beirat eine spezielle Fachkenntnis hat. Geläufig sind überdies bestimmte Vorlagepflichten der Geschäftsleitung sowie ggf. Zustimmungs- oder Genehmigungspflichten des Beirats. Die Einrichtung des Beirats ist je nach Ausgestaltung mit einer Satzungsänderung verbunden oder durch einen Gesellschafterbeschluss möglich. Die innere Ordnung des Beirats wird üblicherweise in einer Geschäftsordnung festgelegt, die regelmäßig nicht im Handelsregister veröffentlicht werden muss und deshalb vertraulich bleibt.

Wenngleich die Mitgliedschaft in einem Beirat wegen der oftmals damit verbundenen fachlichen Auszeichnung und einem gewissen Renommee gerne angenommen wird, so muss allerdings auch sorgfältig bedacht werden, dass die Übernahme mit einer gewissen Verantwortung und einer möglichen Haftung verbunden ist. Beiratsmitglieder sind dem Unternehmen zur Treue verpflichtet und haben ihr Amt im Interesse der Gesellschaft mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Organmitglieds auszuüben. Pflichtwidriges oder sorgloses Tätigwerden kann deshalb zu Regressansprüchen des Unternehmens führen, wenn ihm ein entsprechender Schaden ent-

steht. Auch insoweit dient es dem Interesse aller Beteiligten, die Rechte und Pflichten der einzelnen Beiratsmitglieder und des Beirats als Organ in der Satzung oder in der Geschäftsordnung klar zu regeln und – jedenfalls bei haftungsträchtigen Aufgaben des Beirats – auch Haftungsregelungen oder eine Vermögenshaftungspflichtversicherung zu vereinbaren.

#### Fazit

**Gerade in mittelständischen Unternehmen kann ein Beirat als beratendes und /oder kontrollierendes Gremium eine wichtige Unterstützung für eine effektive Unternehmensleitung sein und insbesondere eine erfolgreiche Nachfolge vorbereiten und umsetzen. Die Bedeutung dieser Funktion des Beirates sollte in einer sorgfältigen und bestimmten Ausgestaltung der Kompetenzen und Aufgaben zum Ausdruck kommen und die Beiratsmitglieder sollten sich zudem der Verantwortung und einer möglichen Haftung gewahr sein. In diesem Zusammenspiel können das Unternehmen, die (neue und /oder alte) Geschäftsleitung und die Beiratsmitglieder von der gemeinsamen Kooperation letztlich nur profitieren.**





Gastautor der RB Reiserer Biesinger  
Rechtsanwalts-Gesellschaft mbH

**Oliver Peters**

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Handels- und  
Gesellschaftsrecht, Gesellschafter

## BERATERHAFTUNG – DAR- LEGUNGS- UND BEWEIS- LAST FÜR VORSÄZLICHES HANDELN EINER BANK

[BGH, Beschluss vom 05.02.2019 –  
XI ZR 335/18]

Der Bundesgerichtshof (BGH) befasste sich in einem Beschluss vom 05.02.2019 mit der Darlegung- und Beweislast für vorsätzliches Handeln einer Bank im Zusammenhang mit Beraterhaftung.

Der Kläger, ein Bankkunde, nahm die beklagte Bank auf Schadensersatz im Zusammenhang mit Beratungsfehlern beim Abschluss eines Zinssatz-Währung-Swaps in Anspruch. Infolge eines Beratungsgesprächs, das bereits Ende 2003 stattfand, vereinbarten die Parteien den streitgegenständlichen Zinssatz-Währung-Swap. In dessen Rahmen verpflichtete sich der Kläger, an die beklagte Bank auf einen Bezugsbetrag von rund CHF 881.000 halbjährlich Zinsen i.H.v. 2 % p.a. zu zahlen, und die Beklagte verpflichtete sich, an den Kläger auf einen Bezugsbetrag von rund EUR 568.000 halbjährlich Zinsen i.H.v. 3,06 % p.a. zu zahlen. Nach Ablauf des Swap-Vertrages sollte der jeweilige Bezugsbetrag an die Gegenseite entrichtet werden. Der Swap entwickelte sich für den Kläger wirtschaftlich nachteilig.

Der Kläger nahm die Beklagte gerichtlich aufgrund fehlerhafter Beratung in Anspruch. Nachdem das erstinstanzliche Gericht zugunsten des Klägers entschieden hatte, wurde die Klage vom Berufungsgericht abgewiesen. Nach Auffassung des Berufungsgerichts sei zwischen den Parteien ein Beratungsvertrag zustande gekommen. Es könne dahinstehen, ob der Kläger im Rahmen der Beratung über einen negativen Marktwert des Swap-Vertrages hätte aufgeklärt werden müssen, denn diesbezügliche Schadensersatzansprüche seien gemäß der einschlägigen Vorschrift des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG) verjährt. Die Verjährungsvorschrift greife zwar nicht bei vorsätzlichen Beratungspflichtverletzungen, ein vorsätzliches Verhalten der Bank liege jedoch nicht vor, so das Berufungsgericht. Die Beklagte trage nach der gesetzlichen Vermutung zwar die Darlegungs- und Beweislast für ihr nicht vorsätzliches Handeln. Diese Vermutung sei jedoch widerlegt, da eine Vorsatzhaftung bei einem Rechtsirrtum entfalle. Für die Bejahung eines solchen Rechtsirrtums über das Bestehen einer Aufklärungspflicht komme es auf den Stand der höchstrichterlichen und obergerichtlichen Rechtsprechung zum Zeitpunkt der geschuldeten Aufklärung an. Zu diesem Zeitpunkt, so das Berufungsgericht, habe nach höchstrichterlicher und obergerichtlicher Rechtsprechung keine Aufklärungspflicht der Bank bestanden. Die Beklagte habe daher, nach Auffassung des Berufungsgerichts, von dem Fehlen einer Aufklärungspflicht ausgehen können.

Der BGH hat das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Berufte sich eine Bank auf die Verjährung, weil sie nicht vorsätzlich gehandelt habe, so trage nicht der geschädigte Anleger die Darlegungs- und Beweislast für vorsätzliches Handeln. Stattdessen müsse, so der BGH, die Bank darlegen und beweisen, dass sie die Pflichtverletzung nicht vorsätzlich begangen

hat. Das Berufungsgericht habe rechtsfehlerhaft und in Verkennung des Parteivortrages angenommen, die Vorsatzvermutung sei schon dann widerlegt, wenn die Beklagte wegen der zum Aufklärungszeitpunkt veröffentlichten Rechtsprechung vom Nichtbestehen einer Aufklärungspflicht ausgehen durfte. Infolge des klägerischen Bestreitens sei jedoch die Frage zu klären gewesen, ob Mitarbeiter oder Organe der Beklagten eine Aufklärungspflicht noch nicht einmal für möglich gehalten haben. Dies erfordere einzelfallbezogene Feststellungen. Die Frage der Verschuldensform sei vom Berufungsgericht im Einzelfall und gegebenenfalls durch Beweisaufnahme zu klären.

### Fazit

**Die Entscheidung des BGH zeigt die Bedeutung der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast insbesondere im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Beratungsfehlern von Banken. Eine zum Beratungszeitpunkt anderslautende Rechtsprechung konnte der beklagten Bank nicht ohne Weiteres ein Berufen auf Verjährungsvorschriften ermöglichen. Stattdessen verdeutlichte der BGH die Notwendigkeit von Einzelfallentscheidungen, insbesondere auch unter Berücksichtigung von Beweisanträgen der Parteien.**



**Bernhard Leisner** Rechtsanwalt

## GEMEINSCHAFTSRECHTS- WIDRIGKEIT DER HOAI MINDEST- UND HÖCHST- SÄTZE – AUSWIRKUNGEN DER ENTSCHEIDUNG DES EUROPÄISCHEN GERICHTS- HOFES VOM 04.07.2019 – RS. C-377/17

Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der HOAI Mindest- und Höchstsätze – Auswirkungen der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 04.07.2019 – Rs. C-377/17

Bereits in der Frühjahrsausgabe unseres Newsletters haben wir einen Ausblick auf die bevorstehende Entscheidung des EuGH gegeben. Nachdem diese nun am 04.07.2019 ergangen ist und weitere Entscheidungen nationaler Gerichte folgten, fällt auf, dass die „Feststellung der Unionsrechtswidrigkeit der Mindest- und Höchstsätze“ mehr Fragen aufwirft, als sie beantwortet. Der EuGH entschied hierzu:

„Die Bundesrepublik Deutschland hat dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 g und Abs. 3 der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt verstoßen, dass sie verbindliche Honorare für die Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren beibehalten hat.“ (EuGH, Urteil vom 04.07.2019, C-377/17, Celex-Nr. 62017CJ0377)

Ihren Ausgangspunkt findet die Entscheidung des EuGH in der Frage, ob die Bundesrepublik Deutschland ihre vertragliche Pflicht aus Art. 15 Abs. 2 g), Abs. 3 der Dienstleistungsrichtlinie (RL 2006/123/EG) verletzt hat. Diese bestimmt, dass nationale Vorschriften – soweit sie festgesetzte Mindest- und/oder Höchstpreise durch den Dienstleistungserbringer regeln – nur dann zulässig sind, wenn diese nach Art 15 Abs. 3 RL 2006/123/EG nichtdiskriminierend, erforderlich und verhältnismäßig sind. Die Entscheidung des EuGH beschäftigt sich also mit der Frage, ob die in der HOAI geregelte Festlegung von Mindest- und Höchstpreisen mit Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, d.h. ob sie diesen Anforderungen genügt.

Um die Auswirkungen der Entscheidung des EuGH zu erfassen, muss sich der Betrachter den Umfang des Regelungsgehalts der HOAI vor Augen führen. Die HOAI regelt unter anderem verbindliches Preisrecht. Sie beschreibt und kategorisiert typische Architekten- und Ingenieurleistungen. Den Umfang der in einem Vertrag geschuldeten Architekten- bzw. Ingenieurleistungen regelt sie nicht. Praktischerweise wird in Verträgen jedoch häufig auf die Leistungsbeschreibungen in den Leistungsphasen Bezug genommen, um die geschuldeten Leistungen zu bestimmen. Sie ordnet den Leistungen eine als Taxe entsprechende Vergütungen zu. Die HOAI regelt, dass diese Zuordnung der Vergütung verbindlich ist. Die Vergütung muss sich im Rahmen der vorgesehenen Mindest- und Höchstsätze halten. Mindestsatzunterschreitungen sind nur in Ausnahmefällen zulässig. Honorarvereinbarungen müssen zu ihrer Wirksamkeit zwingend schriftlich und bereits bei der Beauftragung getroffen werden. Genügt die Honorarvereinbarung diesen Anforderungen nicht, werden die Mindestsätze als vereinbarte Vergütung fingiert.

Der EuGH umreißt den Gegenstand seiner Feststellungen sprachlich nicht eindeutig. Die EuGH-Entscheidung betrifft nach ihrem Wortlaut jedoch nicht die Honorarsätze als solche. Sie betrifft, auch unter Berücksichtigung der Begründung, ausschließlich den Regelungsgehalt, dass diese zwingend im Rahmen vorgeschriebener Mindest- bzw. Höchstvergütung gezahlt werden müssen. Der Anforderungskatalog in Art. 15 Abs. 2 RL 2006/123/EG enthält indes keine Anforderungen an Formvorschriften oder dazu, zu welchem Zeitpunkt Honorarvereinbarungen geschlossen werden müssen, um wirksam zu sein. Der EuGH legt seiner Entscheidung auch keinen Vortrag der Parteien (Kommission der Bundesrepublik Deutschland) zur Unionsrechtswidrigkeit oder Rechtfertigung von Formvorschriften oder der sogenannten Vereinbarungsfiktion in § 7 Abs. 5 HOAI zugrunde.

Welche Wirkung die Entscheidung des EuGH zur „Europarechtswidrigkeit der HOAI“ letztlich für die Praxis entfaltet, ist in der Rechtsprechung bereits umstritten und kann von den Umständen des Einzelfalls abhängen. Bedeutung erlangt die Entscheidung des EuGH insbesondere in den sogenannten Aufstokkungsfällen. Bei diesen wird beispielsweise – abweichend von einer Honorarvereinbarung – ein Honorar nach den Mindestsätzen der HOAI verfolgt. Offen und bisher höchstrichterlich ungeklärt ist, ob solche Ansprüche noch mit Erfolg auf eine behauptete Unwirksamkeit der Honorarvereinbarung gestützt werden können, die (allein) aus einer Unterschreitung der Mindestsätze resultiert. Insbesondere für laufende Verfahren sind das Oberlandesgericht Hamm (OLG Hamm, Urteil vom 23.07.2019 – 21 U 24/18) sowie das Kammergericht (Beschluss vom 19.08.2019 – 21 U 20/19) unter Berufung auf allgemeinere europarechtliche Regelungen und Entscheidungen des EuGH sowie des Bundesverfassungsgerichts der EuGH-Entscheidung entgegengetreten.



Das OLG Hamm führt aus, dass eine sogenannte richtlinienkonforme Auslegung – mittels derer die HOAI Mindestsätze schlicht unangewendet bleiben würden – nicht möglich sei, weil diese im direkten Widerspruch zum Willen des deutschen Gesetzgebers steht. Eine Nichtanwendung der HOAI käme erst dann in Betracht, wenn der Gesetzgeber seinen erkennbaren Willen ändert, etwa durch Änderung der Ermächtigungsgrundlage für die Verbindlichkeit der Mindestsätze, nämlich dem Gesetz zur Verbesserung des Mietrechts und zur Begrenzung des Mietanstiegs sowie zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen (MRVG). Soweit sich diese Auffassung durchsetzt, könnten Honorare nach den HOAI Mindestsätzen derzeit und bis zur Änderung des MRVG doch noch weiter mit Erfolg geltend gemacht werden. Diese Einschätzung teilt das Kammergericht (Berlin).

Die Gegenansicht vertreten bisher insbesondere das Oberlandesgericht Celle in seinen Entscheidungen (Urteil vom 23.07.2019 – 14 U 182/18 und Urteil vom 14.08.2019 – 14 U 198/18) sowie das OLG Düsseldorf. Das OLG Celle entschied in der erstgenannten Entscheidung noch ohne tiefgehende Auseinandersetzung mit dem Urteil des EuGH und sonstigen relevanten europarechtlichen sowie nationalen Regelungen, dass die Mindest- und Höchstsätze gegen höherrangiges Unionsrecht verstoßen und damit insgesamt unbeachtlich sind. Ferner sei auch die Regelung in § 7 Abs. 5 HOAI „gegenstandslos“.

Das OLG begründete diese Auffassung in der zweitgenannten Entscheidung wesentlich umfangreicher. Es bekräftigt die Überzeugung, dass die Dienstleistungsrichtlinie auch ohne eine Änderung des MRVG unmittelbare Anwendung findet und, dass auch ein entgegenstehender Wille des Gesetzgebers nicht anzunehmen sei. Für die Unanwendbarkeit der Mindest- bzw. Höchstsatzregelung in § 7 Abs. 1

HOAI in laufenden Verfahren spricht sich auch das OLG Düsseldorf in der Entscheidung vom 17.09.2019 aus (Urteil vom 17.09.2019 – 23 U 155/18). Mit ebenfalls fundierter Begründung kommt das Gericht zum Ergebnis, dass die Dienstleistungsrichtlinie unmittelbare Anwendung findet, auch ohne Änderung des MRVG.

Zweifel an der Auffassung sowohl des OLG Celle, als auch des OLG Düsseldorf, wonach auch die Fiktionsregelung der Vereinbarung der Mindestsätze in § 7 Abs. 5 HOAI gegen die Dienstleistungsrichtlinie verstoße, sind angebracht. Die Gerichte differenzieren hierbei nicht nach dem Zweck und der tatsächlichen Wirkung der Vereinbarungsfiktion. Über die Vereinbarungsfiktion würde „durch die Hintertür“, die Verbindlichkeit des ungültigen Preisrechts wiederhergestellt. Die Verbindlichkeit von Mindest- und Höchstsätzen ergibt sich jedoch aus § 7 Abs. 1 HOAI und nicht aus § 7 Abs. 5 HOAI. Die Parteien können das Honorar nach § 7 Abs. 5 HOAI frei vereinbaren. Sie müssen dies jedoch schriftlich und im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Die Vereinbarungsfiktion bewirkt lediglich, dass im Falle des Verstoßes gegen die Formvorschrift des § 7 Abs. 5 HOAI ein bestimmter Preis als vereinbart gilt.

#### Fazit

**Obschon die benannten Oberlandesgerichte gegenteilige Entscheidungen fällen, lässt sich erkennen, dass die EuGH Entscheidung dem Grunde nach jedenfalls Ansprüche aus der Regelung der HOAI in § 7 Abs. 1 ausschließt. Das OLG Hamm sowie das OLG Celle ließen die Revision gegen ihre Entscheidungen zum Bundesgerichtshof zu. Der BGH wird nun zu entscheiden haben, ob die nationalen Gerichte die verbindliche Anordnung der Sätze in der HOAI bereits vor einer Änderung des MRVG durch den Gesetzgeber unangewendet lassen müssen. Der Bundesgerichtshof wird sich**

**dabei auch mit der Frage zu beschäftigen haben, ob und wie weit die Unionsrechtswidrigkeit der HOAI-Sätze Auswirkungen auf die weiteren Anspruchsgrundlagen entfaltet.**

**Offen ist ferner, ob ein Mindestsatzhonorar auf § 632 Abs. 2 Alt. 1 BGB in Verbindung mit der HOAI als eine Taxe gestützt werden kann. Sollten diese Anspruchsgrundlagen als unzulässige Umgehungen zu bewerten sein, bleibt zur Aufstockung bzw. Absenkung eines vereinbarten Honorars auf die Mindest- bzw. Höchstsätze letztlich nur noch der Anspruch auf die „übliche Vergütung“ nach § 632 Abs. 2 Alt. 2 BGB. Nach Jahrzehnten der Anwendung der HOAI Mindest- und Höchstsätze spricht vieles dafür, dass die übliche Vergütung sich in diesem Rahmen hält, der zuvor zwingend einzuhalten war.**



Bernhard Leisner Rechtsanwalt

## DIE HAFTUNG DES ARCHITEKTEN BEI ÜBERSCHREITUNG EINER VEREINBARTEN BAUKOSTENBERGRENZE

Die Haftung des Architekten bei Überschreitung einer vereinbarten Baukostenobergrenze

Mit der Entscheidung vom 11.07.2019 (VII ZR 266/17) bestätigt der Bundesgerichtshof seine bisherige Rechtsprechung zur rechtlichen Einordnung einer vereinbarten Baukostenobergrenze als Bestimmung zu einer Hauptleistungspflicht im Planervertrag.

Hiernach liegt eine Beschaffenheitsvereinbarung der zu erreichenden Planungs- und Überwachungsziele vor, wenn die Parteien bei Vertragsschluss oder im anschließenden Planungsprozess eine Baukostenobergrenze vereinbaren. Eine solche Vereinbarung kann auch konkludent, d. h. durch schlüssiges Handeln der Parteien erfolgen. Der Planer ist aus einer solchen Vereinbarung verpflichtet, diese als Planungsvorgabe zu den Herstellungskosten des Bauwerks zu beachten und die Grenze einzuhalten. Verletzt er diese Pflicht schuldhaft, kann dies zu Schadenersatzansprüchen gegen ihn führen.

Die möglichen Gründe für die Überschreitung einer vereinbarten Baukostenobergrenze sind vielfältig. Ob und in welchem Umfang im Einzelfall

ein Schadenersatzanspruch des Bauherrn gegen den Planer aus der Überschreitung der Kostenobergrenze folgt, hängt wesentlich davon ab, aus welchen Gründen die Kostenobergrenze überschritten wurde und ob der Planer hieran ein Verschulden trifft. Die verschiedenen Sachverhalte, in welchen und die Gründe, aus denen eine vereinbarte Kostenobergrenze nicht eingehalten wird, sind so vielschichtig, dass eine vollumfänglich erschöpfende Darstellung den Rahmen des Beitrages sprengen würde, sodass an dieser Stelle nur die häufigsten Fallgruppen exemplarisch dargestellt werden sollen.

Zu unterscheiden ist zunächst danach, ob die Überschreitung der Kostenobergrenze bereits „von Anfang an“ unvermeidbar ist. Soweit eine Errichtung des Bauwerkes auch bei bestmöglicher Planung und Auswahl der günstigsten Unternehmen für vorgegebene Leistungen einer bestimmten Qualität nicht zu den vereinbarten Kosten erreicht werden kann, liegt eine sogenannte anfängliche Unmöglichkeit vor. Als Extrembeispiel zur Veranschaulichung sei die Errichtung eines Großflughafens bei einer Kostenobergrenze von 1 Mio. Euro genannt. Hier ist anfängliche Unmöglichkeit gegeben. Soweit der Planer erkennen kann, dass die Einhaltung der Kostenobergrenze nicht möglich ist, ist er nicht zur Erbringung der unmöglichen Leistung verpflichtet. Er haftet jedoch nach § 311a BGB auf Ersatz des daraus entstehenden Schadens. In welchem Umfang diese Ersatzpflicht besteht, ist in der Rechtsprechung bisher nicht abschließend geklärt. Es wird vertreten, dass der Planer den Bauherrn in diesem Fall durch Zahlung so zu stellen hat, wie er stünde, wenn die Kostenobergrenze eingehalten worden wäre. Das bedeutet – streng genommen – dass der Planer die Differenz zwischen der Kostenobergrenze und den letztlich tatsächlich erforderlichen „Ist-Kosten“ zu ersetzen hätte. Zu diesem Ergebnis kam das OLG Frankfurt in seiner Ent-

scheidung vom 21.01.2016 (11U 71/14). Das würde bedeuten, dass der Bauherr letztlich das teurere Vorhaben zu einem unangemessen niedrigen Preis erhielte. Dies erscheint unbillig und mit den üblichen Folgen einer vom Planer rechtzeitig angezeigten Baukostenüberschreitung nicht vereinbar. Nachvollziehbar wird gegen diesen Ansatz eingewandt, dass der Bauherr entweder vom Bauvorhaben Abstand genommen hätte oder eine kostengünstigere, weil „kleinere“ Ausführung gewählt, oder aber mehr ausgegeben hätte, wenn ihn der Planer rechtzeitig darüber informiert hätte, dass das Vorhaben nicht zum mit der Kostenobergrenze vorgesehenen Betrag realisiert werden kann.

Ob und in welchem Umfang ein Gericht einem Bauherrn im Fall der Überschreitung einer vereinbarten Baukostenobergrenze die Differenz zwischen dieser und den tatsächlich erforderlich gewordenen Kosten als Schadenersatz zusprechen würde, kann mit Blick auf die dazu ergangene Rechtsprechung und die fortgesetzte fachliche Diskussion nicht abschließend beantwortet werden. Festzuhalten ist jedoch, dass insbesondere mit Blick auf die genannte Entscheidung des OLG Frankfurt seitens des Planers ein ganz erhebliches Haftungsrisiko aus der Vereinbarung einer Kostenobergrenze resultieren kann. Das Haftungsrisiko wird jedoch insbesondere in Extremfällen der Erkennbarkeit bereits dadurch begrenzt, dass der Anspruch des Bauherrn über ein Mitverschulden zu kürzen sein wird, wenn auch er erkennen konnte oder erkannt hat, dass sein Vorhaben zum Betrag der Baukostenobergrenze nicht realisierbar war.

Von den Fällen der anfänglichen Unmöglichkeit sind jene Fälle der nachträglichen Unmöglichkeit zu unterscheiden. Ein solcher liegt etwa vor, wenn sich die bei Vertragsschluss noch erkennbar mögliche Umsetzung eines Bauvorhabens vor dessen Abschluss durch Änderung äußerer Umstände (z. B. Baupreis-



steigerung) als unmöglich herausstellt. In diesem Fall besteht jedenfalls eine Pflicht des Planers, Bedenken hinsichtlich der Kostenobergrenze anzumelden. Streitig ist, ob der Planer in diesem Fall von einer Schadenersatzpflicht frei wird. Zunächst kann er unter bestimmten Voraussetzungen eine Entscheidung des Bauherrn und gegebenenfalls eine Anpassung der Baukostenobergrenze nach § 313 BGB verlangen. Eine Unmöglichkeit der Einhaltung der Kostenobergrenze lässt sich freilich durch deren nachträgliche Anpassung vermeiden, sodass ein Schadenersatzanspruch dann ausscheidet. Erfolgt jedoch keine Anpassung, wird es darauf ankommen, ob und inwieweit den Planer im Zusammenhang mit der Unmöglichkeit ein Verschulden trifft. Folgt die Unmöglichkeit aus einer (vorhersehbaren) allgemeinen Baukostensteigerung, kann eine Haftung des Planers bestehen. Folgt die Unmöglichkeit hingegen z. B. aus geänderten Regeln der Technik, kann deren Erkennbarkeit und mithin eine Haftung in Ausnahmefällen, etwa bei besonders zeitin-

tensiven Planungs- bzw. Bauvorhaben, entfallen. Dies wird jedoch nur sehr selten der Fall sein. Grundsätzlich schuldet der Planer ein Werk, das unter Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik im Zeitpunkt der Abnahme hergestellt ist.

Der „einfachste“ Haftungsfall und zugleich einer der häufigsten ist die bloße unwirtschaftliche Planung. Plant der Architekt also beispielsweise mit (zu) hohen Qualitäten, die nach dem Vertrag nicht vereinbart bzw. geschuldet sind, muss er ohne Mehrkosten umplanen und bereits angefallene Mehrkosten im Wege des Schadenersatzes gegebenenfalls ersetzen. In diesen Fällen haftet der Planer, ohne dass es auf eine Kostenobergrenze ankäme. Einem entsprechenden Schadenersatzanspruch kann jedoch unter Umständen ein Vorteilsausgleich entgegengehalten werden, wenn dem Bauherrn aus dem „Mehr“, welches die Mehrkosten verursachte, auch ein Mehrwert und damit ein Vorteil verbleibt.

#### Fazit

**Wenngleich die rechtliche Einordnung einer vereinbarten Kostenobergrenze im Planervertrag als eine einzuhaltende Beschaffenheitsvereinbarung in der Rechtsprechung geklärt ist, wird im Einzelfall stets eine umfangreiche und gründliche Prüfung aller Umstände zur Ermittlung des „Ob“ und des Umfangs einer Schadenersatzpflicht des Planers erforderlich. In nahezu jedem Fall begründet die Vereinbarung einer Kostenobergrenze ein erhebliches Haftungsrisiko für den Planer. Umgekehrt verbleibt auch beim Bauherrn trotz vereinbarter Kostenobergrenze das Risiko, dass sich die Kosten eines Bauvorhabens erheblich erhöhen und diese Mehrkosten nicht mit Erfolg in vollem Umfang vom Planer ersetzt verlangt werden können.**



**Jens Greskamp** Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
Dipl.-Bauing.



## AUSWIRKUNGEN DES EUGH-URTEILS ZUR HOAI AUF DAS VERGABERECHT

In der Frühjahrsausgabe 2019 unseres Newsletters hatten wir bereits einen Ausblick auf die damals noch bevorstehende Entscheidung des EuGH gewagt. Mit den zivilrechtlichen Folgen des Urteils vom 04.07.2019, den unterschiedlichen Auffassungen nachfolgender Entscheidungen der Instanzgerichte sowie den Auswirkungen auf bestehende und künftige Planerverträge beschäftigt sich der weitere Beitrag von Rechtsanwalt Leisner in diesem Heft.

Die Entscheidung des EuGH hat daneben aber auch Auswirkungen auf das Vergaberecht. Die Vergabekammer des Bundes (VK Bund, Beschluss vom 30.08.2019 – VK 2-60/19) hat hierzu jüngst entschieden, dass öffentliche Auftraggeber die aufgrund des EuGH-Urteils als EU-rechtswidrig geltenden Vorschriften der HOAI bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen nicht als Zuschlagskriterien anwenden dürfen.

#### Sachverhalt

Die Entscheidung der Vergabekammer betraf die Vergabe eines Planungsauftrages nach § 103 Abs. 4 GWB durch den Bund als öffentlichen Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 1 GWB oberhalb des maßgeblichen Schwellenwertes von EUR 221.000. Der Bund als spätere

Antragsgegnerin (AG) führte ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb durch. Als Zuschlagskriterien bestimmte die AG den Preis mit 30 Wichtungspunkten sowie qualitative Wertungskriterien mit insgesamt 70 Wichtungspunkten. Insgesamt konnte ein Bieter 500 Wertungspunkte erreichen. Das Honorar betraf dabei zu ca. 2/3 Leistungen außerhalb des Preisrechts der HOAI, konnte also frei angeboten werden. Ca. 1/3 der Leistungen unterfiel dem Preisrecht der HOAI. Der Vertragsentwurf der AG, welcher Bestandteil der Vergabeunterlagen war, enthielt die verbindliche Vorgabe der HOAI-Mindestsätze.

In qualitativer Hinsicht waren die eingereichten Angebote nahezu gleichwertig. Die spätere Antragstellerin erhielt bei der qualitativen Bewertung ihres Angebotes die höchste Punktzahl, weshalb sie auf dieser Wertungsstufe zunächst auf Platz eins lag. Nach Wertung des Angebotspreises belegte das Angebot der Antragstellerin jedoch nur noch die zweite Stelle, denn der nunmehr erstplatzierte Bieter – die später im Verfahren Beigeladene – bot ein geringeres Honorar an. Die Preisunterschiede resultierten dabei ausschließlich aus dem frei kalkulierbaren Honorar für Leistungen außerhalb des Preisrechts der HOAI. Für die preisgebundenen Leistungen boten sämtliche Bieter aufgrund der verbindlichen Vorgabe der AG das gleiche Honorar an.

Gegen die vorgesehene Auftragsvergabe auf das wirtschaftlichste Angebot der Beigeladenen wendete sich die Antragstellerin mit ihrem Antrag an die Vergabekammer. Sie beanstandete die qualitative Wertung der Angebote. Insbesondere habe sie – die Antragstellerin – gegenüber der Beigeladenen vertiefte Optimierungsleistungen in ihrem Konzept angeboten, was bei der Angebotswertung zu Ihren Gunsten hätte berücksichtigt werden, jedenfalls aber zu einer Abwertung des Angebots der Beigeladenen führen müssen.

Sowohl die Antragstellerin als auch die Beigeladene vertraten im Verfahren die Auffassung, das EuGH-Urteil wirke sich nicht auf das gegenständliche Vergabeverfahren aus. Dieser Meinung schloss sich auch die Antragsgegnerin an. Zudem meinte die Beigeladene, der Vergabekammer fehle die Verwerfungskompetenz für die verbindlichen Preisregelungen der HOAI. Sie könne diese nicht unangewendet lassen, wenn die Antragsgegnerin als öffentlicher Auftraggeber sie in das Vergabeverfahren einbezieht. Darüber hinaus – so die Auffassung der Beigeladenen – sei die Europarechtswidrigkeit der Honorarregelungen unbeachtlich, da die Antragstellerin dies nicht gerügt habe.

#### Die Entscheidung der Vergabekammer des Bundes

Die von der Antragstellerin vorgebrachten Argumente gegen die qualitative Wertung der Angebote hält die Vergabekammer für unbegründet. Sehr umfangreich und differenziert setzt sie sich mit den qualitativen Zuschlagskriterien auseinander.

Obwohl die Antragstellerin dies nicht beanstandete, hat ihr Antrag dennoch Erfolg, denn das Vergabeverfahren leidet an dem Mangel, dass die AG der Entscheidung des EuGH, wonach die festen Honorarvorgaben der HOAI europarechtswidrig sind, nicht durch Anpassung der Vergabeunterlagen Rechnung getragen hat. Der von Amts wegen zu berücksichtigende Mangel, wonach für das Zuschlagskriterium des Preises und die hierfür erforderliche Honorarkalkulation durch die Bieter zumindest teilweise das verbindliche Preisrecht der HOAI von der AG vorgegeben war, führt zur Aufhebung des Vergabeverfahrens.

Die AG legte im Hinblick auf § 127 Abs. 2 GWB, § 76 Abs. 1 S. 2 VgV die verbindlichen Vorgaben, die für die Honorarkalkulation der Bieter relevant waren, im Vertragsentwurf und somit in den Vergabeunterlagen fest. An dieser verbind-

lichen Vorgabe haben sich die Bieter orientiert, weshalb die betreffenden Teile des Honorars bei allen Angeboten identisch sind. Aufgrund des Verstoßes gegen die Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG ergibt sich – so die Vergabekammer – im Ergebnis der EuGH-Entscheidung für den Bund das Verbot, die EU-rechtswidrigen Vorschriften über die verbindlichen HOAI-Honorare weiter anzuwenden und die Pflicht, dem Urteil des EuGH innerstaatlich Geltung zu verschaffen. Dementsprechend haben auch die nationalen Gerichte aufgrund der verbindlichen Wirkung des feststellenden Urteils des EuGH dessen Maßgaben Rechnung zu tragen, was entsprechend auch für die vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen gilt.

Da es um die Durchführung des Vergabeverfahrens auf der Basis geltenden Rechts geht, kommt es insoweit auch nicht auf das Vorbringen der Antragstellerin oder die Auffassung der übrigen Verfahrensbeteiligten an, denn es steht nicht zur Disposition der Beteiligten, die Entscheidung des EuGH als nicht relevant zu qualifizieren. Für die Anwendung des Zuschlagskriterium Preis folgt hieraus, dass die Maßgaben der HOAI für die verbindlichen Mindest- oder Höchstsätze durch die AG nicht hätten vorgegeben werden dürfen. Hätte die AG dies beachtet, ist keinesfalls auszuschließen, dass die Kalkulation des Honorars anders ausgefallen wäre. Auf die Argumentation der Antragstellerin und der Beigeladenen, auch in diesem Falle hätten Sie ihre Angebote nicht anders kalkuliert, denn es sei ihnen um das kalkulierte Gesamthonorar gegangen, kommt es nicht an.

Ebenso unerheblich ist der Einwand der Beigeladenen, die Antragstellerin habe den Vergaberechtsverstoß nicht gerügt, denn die Frage der Vereinbarkeit der anzuwendenden Rechtsvorschriften und die daraus resultierende Nichtanwendbarkeit ist keine Frage der Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 S. 1 GWB,

sondern eine zwingende Folge des Anwendungsvorrangs des EU-Rechts.

Nach allem ist somit das Vergabeverfahren im gebotenen Umfang in den Stand vor Abgabe der Endangebote zurückzusetzen. Bei weiterhin gegebener Beschaffungsabsicht der AG erfordert dies somit eine entsprechende Anpassung der Vergabeunterlagen für die Leistungsteile, in denen verbindliche Honorarsätze der HOAI vorgesehen sind und deren Bekanntgabe an die im Ergebnis der Verhandlungsgespräche zur Abgabe von Angeboten aufgeforderten Bieter, damit diese ihre Angebote in Bezug auf den HOAI-vorgegebenen Bestandteil insoweit binnen angemessener Frist neu kalkulieren können.

#### Fazit

**Die Antragstellerin erhält somit eine zweite Chance, obwohl ihr eigentliches Rügevorbringen unbegründet ist.**

**Öffentliche Auftraggeber dürfen somit Zuschlagskriterien, welche auf europarechtswidrigen Preisvorschriften der HOAI beruhen, nicht mehr anwenden. Laufende Vergabeverfahren mit derartigen Zuschlagskriterien müssen im gebotenen Umfang zurückversetzt werden. In dem hier entschiedenen Fall hatte der Auftraggeber noch „Glück im Unglück“, denn das Verfahren musste „nur“ in den Stand vor Abgabe der Angebote zurückversetzt werden. Dies deshalb, da der AG in der Auftragsbekanntmachung für den Teilnahmewettbewerb noch keinen einschränkenden Hinweis auf die Geltung der verbindlichen Honorarregeln für Teile der auszuführenden Planungsleistung benannt hatte. Diese ergaben sich ausdrücklich erst für die zur Abgabe von Erst- bzw. Endangeboten aufgeforderten Unternehmen über die zur Verfügung gestellten Vergabeunterlagen.**

**Anderenfalls hätte der Auftraggeber das gesamte Verfahren einschließlich Teilnahmewettbewerb wiederholen müssen, denn es wäre nicht auszuschließen gewesen, dass sich dann weitere Bieter beworben hätten, die sich aber durch die unzulässigen Zuschlagskriterien bereits an einer Bewerbung gehindert gesehen haben könnten.**

**Die Entscheidung der VK Bund mit den daraus resultierenden Folgen gilt auch für die Vergabe von Planungsleistungen im Unterschwellenbereich.**



#### Andreas Schramek

Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Fachanwalt für Verkehrsrecht

Arbeitsrecht  
Arzthaftungsrecht  
Verkehrsrecht  
Strafrecht

1981 – 1986 Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Regensburg

1986 – 1989 Rechtsreferendariat in Aschaffenburg und Würzburg

Seit September 1989 als Rechtsanwalt zugelassen

1992 Gründung der Kanzlei in Weimar

Seit 1996 Fachanwalt für Arbeitsrecht

Seit 2011 Fachanwalt für Verkehrsrecht

Mitglied der Arbeitsgemeinschaft Arbeitsrecht im Deutschen Anwaltverein



#### Christian Meier

Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
Fachanwalt für Vergaberecht

Bau- und Architektenrecht  
Bausträgerrecht  
Vergaberecht

1983 – 1987 Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Würzburg

1987 – 1990 Rechtsreferendariat in Aschaffenburg, Würzburg und Los Angeles

Seit 1990 zugelassen als Rechtsanwalt

1990 – 1994 Anwalt in einer wirtschaftsrechtlichen Kanzlei in Baden-Württemberg

Seit 1994 Partner der Sozietät Schramek, Meier & Kollegen in Weimar

Lehrbeauftragter der Bauhausuniversität Weimar

Mitglied des Vorstands der Arbeitsgemeinschaft Bau- und Immobilienrecht im DAV

Vorsitzender des Fachausschusses Vergaberecht bei der Thüringer Rechtsanwaltskammer

Autor zahlreicher Fachveröffentlichungen und Referent bei großen Fachtagungen



#### Fee-Marie von Witzleben

Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Familienrecht  
Fachanwältin für Erbrecht  
Zertifizierte Mediatorin

Erbrecht  
Familienrecht

1988 – 1992 Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Passau

1992 – 1996 Rechtsreferendariat in Erfurt

1997 Aufnahme der Tätigkeit bei Schramek, Meier & Kollegen in Weimar

Seit 2000 Fachanwältin für Familienrecht

Seit 2004 Partnerin der Kanzlei Schramek, Meier & Kollegen in Weimar

Seit 2008 Fachanwältin für Erbrecht



### Stefan Vasters

Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
Fachanwalt für Vergaberecht

**Bau- und Architektenrecht**  
**Vergaberecht**  
**Bauträgerrecht**

Studium der Elektrotechnik und Rechtswissenschaften an den Universitäten Kaiserslautern und Jena

1998 – 2000 Rechtsreferendariat in Erfurt

Seit 2000 als Rechtsanwalt zugelassen

2000 – 2002 tätig als Rechtsanwalt in einer wirtschaftsberatenden Sozietät in Erfurt

Seit 2002 Rechtsanwalt, seit 2008 Partner der Kanzlei Schramek, Meier & Kollegen in Weimar

Seit 2006 Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Seit 2018 Fachanwalt für Vergaberecht

### Petra Schäfer

Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Miet- und Wohnungseigentumsrecht

**Mietrecht**  
**Wohnungseigentumsrecht**  
**Immobilienrecht**

1986 – 1992 Studium der Rechtswissenschaften in Würzburg

1992 – 1995 Rechtsreferendariat in Schweinfurt und Würzburg

Seit 1995 als Rechtsanwältin zugelassen

Seit 2005 Fachanwältin für Miet- und Wohnungseigentumsrecht

Bis 2007 Rechtsanwältin in einer größeren Kanzlei in Halle / Saale

Seit 2008 bei RAe Schramek, Meier & Kollegen in Weimar

### Jens Greskamp

Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
Dipl.-Bauing.  
Schweißfachingenieur

**Bau- und Architektenrecht**  
**Vergaberecht**

1994 – 1999 Studium des Bauingenieurwesens an der Bauhaus-Universität Weimar

2000 Ausbildung zum Schweißfachingenieur

2001 – 2005 Studium der Rechtswissenschaften an der Friedrich-Schiller-Universität Jena

2005 – 2007 Rechtsreferendariat am Landgericht Erfurt

2008 – 2015 Tätigkeit in einer überörtlichen Sozietät in Heidelberg und Erfurt mit Schwerpunkt Bau- und Architektenrecht

Seit 2013 Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Seit 2015 bei RAe Schramek, Meier & Kollegen in Weimar und seit 2018 Partner der Kanzlei

### Bernhard Leisner

Rechtsanwalt

**Bau- und Architektenrecht**  
**Bauträgerrecht**

Studium der Rechtswissenschaften an der Friedrich-Schiller-Universität Jena

2013 – 2015 Rechtsreferendariat am Landgericht Erfurt

Seit 2016 zugelassen als Rechtsanwalt

2016 Tätigkeit für eine Erfurter Rechtsanwaltskanzlei mit baurechtlichem Schwerpunkt

Seit 2017 bei RAe Schramek, Meier & Kollegen in Weimar

### Leonie Haupt

Rechtsanwältin

**Familienrecht**  
**Erbrecht**

2008 – 2014 Studium der Rechtswissenschaften an der Philipps-Universität Marburg

2014 – 2016 Rechtsreferendariat am Landgericht Hanau mit Schwerpunkt Familienrecht

2017 – 2018 Tätigkeit in einer auf das Familien- und Erbrecht spezialisierten Kanzlei in Aschaffenburg / Bayern

Seit Januar 2019 bei RAe Schramek, Meier & Coll. in Weimar





**Dr. Philipp Bollacher**

Rechtsanwalt,  
 Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht  
 Gesellschafter

**Handels- und Gesellschaftsrecht**  
**Mergers & Acquisitions**  
**Gewerblicher Rechtsschutz**  
**Immobilienrecht**

1997 – 2002 Studium der Rechtswissenschaften  
 an den Universitäten Tübingen und Berlin mit  
 Studienaufenthalt in Chicago, Illinois / USA

2003 – 2005 Geprüfte wissenschaftliche Hilfskraft  
 am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und  
 Wirtschaftsrecht, Europarecht und Rechtsvergleichung,  
 Prof. Dr. Möschel, Universität Tübingen

2003 – 2004 Stipendiat der Landesgraduierten-  
 förderung des Landes Baden-Württemberg

2004 Promotion zum Dr. iur. bei Prof. Dr. Möschel,  
 Universität Tübingen (Dissertation zum Thema  
 „Internationales Privatrecht, Urheberrecht und  
 Internet“)

2004 – 2006 Rechtsreferendariat am Landgericht  
 Tübingen mit Ausbildungsabschnitten bei  
 CMS Hasche Sigle, Stuttgart (Gesellschaftsrecht)  
 und Dammholz & Co., Sydney, Australien  
 (Internationales Wirtschaftsrecht)

2006 tätig als Rechtsanwalt in einer wirtschafts-  
 beratenden Kanzlei in Frankfurt

Seit 2006 tätig als Rechtsanwalt und seit 2011  
 Gesellschafter der Kanzlei RB Reiserer Biesinger  
 Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

Lehrbeauftragter an der Universität Heidelberg

**Oliver Peters**

Rechtsanwalt,  
 Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht  
 Gesellschafter

**Handels- und Gesellschaftsrecht**  
**Mergers & Acquisitions**  
**Finanz- und Kapitalmarktrecht**  
**Arbeitsrecht**

1998–2003 Studium der Rechtswissenschaften  
 an den Universitäten Heidelberg, Nottingham und  
 Oxford

1999–2001 Wissenschaftliche Mitarbeit an der  
 Forschungsstelle Bundessteuergesetzbuch  
 und dem Lehrstuhl von Prof. Dr. Paul Kirchhof,  
 Bundesverfassungsrichter a.D.,  
 an der Universität Heidelberg

2003–2005 Rechtsreferendariat am Landgericht  
 Frankenthal mit Ausbildungsabschnitten  
 in Ludwigshafen, Mannheim, Frankfurt und  
 San Francisco

2005 Zulassung als Rechtsanwalt in Karlsruhe

2006–2007 tätig als Rechtsanwalt in einer  
 überörtlichen wirtschaftsberatenden Sozietät

Seit März 2007 tätig als Rechtsanwalt und seit  
 2011 Gesellschafter der Kanzlei RB Reiserer  
 Biesinger Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

Derzeit Promotion zum Dr. iur. zum Thema:  
 „Geschäftsführerhaftung gegenüber mittel-  
 ständischen Unternehmen – Rechtsvergleich  
 zwischen britischer Reform und deutschem Recht  
 sowie Kodifikationsanreize für Deutschland“.

**Impressum**

Herausgeber  
 SMC Schramek, Meier & Coll. Part mbB, Weimar

Design  
 mm.design Martina Meyer · Dipl. Grafikdesignerin,  
 Heidelberg

Fotos SMC  
 People: Matthias Eimer, Weimar  
 Weimar: Andreas Schramek, fotolia



SCHRAMEK, MEIER & COLL.  
RECHTSANWÄLTE

**SMC SCHRAMEK, MEIER & COLL. Part mbB**  
Carl-von-Ossietzky-Straße 67 a . 99423 Weimar  
Telefon: 036 43 - 86 57-0 . Telefax: 036 43 - 86 57-23  
rechtsanwaelte@schramek-meier.de

[www.rae-schramek-meier.de](http://www.rae-schramek-meier.de)