

# ROITHMAIER RECHTSANWÄLTE

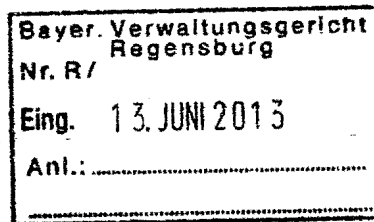
FACHANWÄLTE FÜR VERWALTUNGSRECHT UND BAURECHT

RECHTSANWÄLTE · POSTFACH 19 07 54 · 80607 MÜNCHEN

Bayer. Verwaltungsgericht Regensburg  
Postfach 11 01 65

93014 Regensburg

16. April 2013  
D7/8435  
Bitte stets angeben:  
62/13IH11 - IH



In der Verwaltungsstreitsache

Oliver Kapser,  
Valerian Thielicke und  
Alfred Wiesner

gegen

Gemeinde Tiefenbach

wegen Zulassung eines Bürgerbegehrens

- RN 3 K 13.540 -

DR. HELMUT ROITHMAIER  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

DR. ANDREAS ZÖPFL  
Fachanwalt für Baurecht und  
Architektenrecht

INGRID HANNEMANN-HEITER  
Rechtsanwältin

ELENA BOETTCHER  
Rechtsanwältin

Blutenburgstraße 93  
80634 München

In Kooperation mit:

DR. HANS-WERNER HÜRHOLZ  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Berufliche Zusammenarbeit gemäß § 8 BORA,  
Roithmaier Rechtsanwälte und Rechtsanwalt  
Dr. Hürholz haften nicht gesamtschuldnerisch.

nehmen wir namens der Beklagten zur Klagebegründung vom 10.05.2013 Stellung wie folgt:

1. Das Bürgerbegehren ist unzulässig, weil die Gemeinderatsbeschlüsse von 14.02.2012, 24.4.2012 und 15.05.2012 schon teilweise vollzogen wurden.
2. Entgegen der Auffassung der Kläger ist ein Verstoß gegen den Grundsatz der wirtschaftlichen und sparsamen Haushaltsführung zu besorgen. Wir verweisen auf die Begründung des Bescheids vom 14.03.2013.
  - 2.1. Die Kläger tragen vor, die Planerverträge seien unwirksam, weil sie entgegen § 7 HOAI nicht schriftlich zustande gekommen seien, § 126 BGB. Dies ist schlichtweg unzutreffend. Selbstverständlich können Architekten- und Ingenieurverträge auch mündlich geschlossen werden. Die mit HOAI und

BGB nicht zu vereinbarende Rechtsansicht der Kläger erstaunt. Siehe hierzu Locher/Koebler/Frik, Kommentar zur HOAI, 10. Auflage, Einleitung Rn. 96. Die HOAI enthält verbindliches Preisrecht, ohne dass die Parteien ausdrückliche Vereinbarungen über den Preis treffen müssten. Allerdings lässt § 7 HOAI Honorarvereinbarungen zu, soweit sie sich im Rahmen der durch die HOAI festgesetzten Mindest- und Höchstsätze befinden. Für die Wirksamkeit solcher Honorarvereinbarungen ist Schriftform erforderlich. Darum geht es aber hier nicht. Soweit eine Honorarvereinbarung gar nicht beabsichtigt war oder eine solche mangels Schriftform nicht wirksam zustande gekommen ist, gelten die verbindlichen Regelungen der HOAI.

- 2.2. Auch der Hinweis der Kläger auf Artikel 38 Abs. 2 BayGO ist unzutreffend. Die Gemeinde kann sich auf fehlende Schriftform nicht berufen, wenn einer Beauftragung Gemeinderatsbeschlüsse zugrunde liegen, BGH NJW 2001, 2626. Art. 38 Abs. 2 BayGO ist keine Formvorschrift für das private Rechtsgeschäft, sondern eine Formvorschrift für die ordnungsgemäße Kommunalvertretung.
- 2.3. Auch ist die Ansicht der Kläger unzutreffend, die Verträge seien wegen Verstoßes gegen das GWB unwirksam, da sie nicht ausgeschrieben worden seien. Zum einen besteht eine Verpflichtung zur Ausschreibung nach GWB erst, wenn für den jeweiligen Auftrag der vergaberechtliche Schwellenwert überschritten ist, § 100 GWB, § 2 VgV. Nach § 2 Nr. 2 VgV muss bei Planerverträgen der jeweilige Auftragswert 200.000,00 € netto erreichen, damit eine Verpflichtung zur Ausschreibung entsteht. Selbst wenn eine Verpflichtung zur Schreibung bestanden hätte, könnte die Unwirksamkeit des Vertrages gem. § 101 b GWB nur festgestellt werden, wenn sie in einem Nachprüfungsverfahren (§§ 102 ff. GWB) innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kenntnis des Verstoßes, jedoch nicht später als 6 Monate nach Vertragsschluss geltend gemacht worden ist.
- 2.4. Unzutreffend sind auch die Ausführungen der Kläger zu § 649 BGB. Mit hinreichender Erfahrung in Honorarprozessen vor den ordentlichen Gerichten ist bekannt, dass Einwendungen des Auftraggebers nach § 649 S. 2 BGB, für welche er umfassend darlegungs- und beweispflichtig ist, nur wenige Prozentpunkte des geltend gemachten Resthonorars reduzieren. So sind diejenigen Aufwendungen, welche sich ein Planer infolge der Aufhebung des Vertrages erspart (§ 649 S. 2 BGB), je nach Einzelfall gering bis

gar nicht vorhanden. Dies liegt daran, dass der Planer feste Kosten wie Miete etc. ohnehin hat und sich durch die Aufhebung des Vertrages nicht erspart. Die tatsächlich ersparten Aufwendungen für Planungsleistungen, etwa an Sachmitteln, sind marginal und überhaupt nicht Gegenstand der vorliegend genannten Beträge, weil sie als Nebenkosten gem. § 14 HOAI ohnehin gesondert abgerechnet würden. Der Nachweis, dass der Planer durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft die entgangene Vergütung kompensieren konnte und entsprechende Aufträge ohne Aufhebung des Vertrages nicht hätte annehmen bzw. ausführen können, gelingt in der Praxis so gut wie nie. Der Auftraggeber hat für die Voraussetzungen des § 649 Abs. 2 BGB die Darlegungs- und Beweislast. Der Vortrag der Kläger ist indessen völlig unsubstantiiert.

- 2.5. Die im Zurückweisungsbescheid angegebenen Kosten von 176.000,00 € sind zutreffend berechnet. Wenn die Kläger etwas anderes behaupten, hätten sie schon eine konkrete Berechnung vorlegen müssen.
3. Zu den Ausführungen des Landratsamtes Landshut gem. Schreiben vom 05.03.2013 über das Zustandekommen des Architektenvertrages und des Ingenieurvertrags Heizung:

Es trifft zu, dass diese Verträge nicht schriftlich zustande gekommen sind. Allerdings können Planerverträge auch durch schlüssiges Verhalten zustande kommen. Vorliegend haben die Architekten in und anlässlich von Jour Fixe Terminen am 03.05.2012, am 31.05.2012 und am 21.06.2012 diverse Architektenleistungen erbracht. Es wurden bereits Leistungen der Vorplanung und der Entwurfsplanung erbracht und von der Gemeinde als Vertragsleistungen entgegen genommen. Auch das Büro Henne & Walter war an den Jour Fixe Terminen am 31.05.2012 und am 21.06.2012 beteiligt und hat diverse Planungsleistungen erbracht, welche von der Gemeinde als Vertragsleistungen entgegen genommen wurden. Dies waren keine bloßen Akquiseleistungen. Zur konkludenten rechtsgeschäftlichen Beauftragung von Planerverträgen in Abgrenzung zur bloßen Akquisition siehe Locher/Koeble/Frik, Kommentar zur HOAI, 10. Auflage, Einleitung Rn. 55.