

Die Fortentwicklung des Vergaberechts

Der Workshop „Zur Fortentwicklung des Vergaberechts“ unter der Moderation von Dr. Mark von Wietersheim (forum vergabe e.V.) gesellte zu den alten Bekannten unter den offenen Fragen im deutschen Vergaberecht durchaus neue Themen: So problematisierte Rechtsanwältin Dr. Jenny Mehlitz (Berlin) noch einmal die neu geschaffene Verpflichtung der Auftraggeber, die Vergabeunterlagen bereits über einen Link in der Bekanntmachung zur Verfügung zu stellen. Rechtsanwalt Dr. Peter Schäfer (Bundesverband der Deutschen Industrie e.V. – BDI, Berlin) forderte, die Landesvergabegesetze abzuschaffen oder zumindest durchgreifend zu vereinfachen. Er beklagte die heillose Zersplitterung des Vergaberechts und eine Unzahl von „dramatischen“ Rechtsproblemen.

„Beim Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte sind wir noch in der Steinzeit!“

Rechtsanwalt Dr. Alexander Hübner (Stuttgart) schließlich sah das deutsche Vergaberecht beim Thema „Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte“ auch nach mittlerweile 15 Jahren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) zum Primärrechtsschutz immer noch in der Steinzeit verhaftet: Ein effektiver Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte in Deutschland sei ein „uneingelöstes Versprechen“ geblieben. Es sei unerklärlich, so Dr. Hübner, warum es weder eine Informations- und Wartepflicht, noch die Unwirksamkeit des Zuschlags nach unzulässigen Direktvergaben im Unterschwellenbereich gebe.

Richter Marc Steiner vom Schweizer Bundesverwaltungsgericht St. Gallen schließlich ging der These nach, dass bei der Fortentwicklung des Vergaberechts neben der Binnenmarktlogik künftig auch das Ziel einer „good governance“ im Blick haben werde.

Weitere Workshops befassten sich mit den Themen „Das Vergaberecht als Treiber der Marktentwicklung im Bereich Verteidigung und Sicherheit“ bzw. „Mindestlohn und Tarifreue – Spannungsfelder und Praxis“.

Vergaberecht und Arbeitsrecht: Konflikt oder Gleichlauf?

Über das Verhältnis von Vergaberecht und Arbeitsrecht „Konflikt oder Gleichlauf?“ diskutierten am Freitag (30.9.) der Vorsitzende der Vergabekammer Südbayern, Matthias Streck, Wilfried Hühn vom Beschaffungsamt des Bundesinnen-

ministeriums und Rechtsanwalt Matthias Rohrmann (Arbeitgeber- und Wirtschaftsverband der Mobilitäts- und Verkehrsdienstleister) unter der Moderation von Rechtsanwalt Uwe-Carsten Völlink (München). Streck stellte einen Fall seiner Vergabekammer (VK Südbayern, Beschluss v. 8.4.2016 – Z3-3-3194-1-57-11/15) vor, in dem es um schwierige Rechtsfragen, etwa der (un-)wesentlichen Änderung eines bestehenden Vertrages oder der Festlegung auf eine bestimmte Form der Vorsorge durch den Auftraggeber bei der Direktvergabe einer betrieblichen Altersvorsorge ging, welche die Kammer schließlich dem EuGH zur Vorabentscheidung vorlegte. Wilfried Hühn (BMI) erörterte verschiedene Fälle, die am Beispiel der Vergabe von Reinigungs- und Bewachungsleistungen entlang der Schnittstelle von Arbeitsrecht und Vergaberecht verliefen und das Selbstbestimmungsrecht des Auftraggebers, in verschiedener Auslegung durch das OLG Düsseldorf thematisierten, wäh-

rend Rechtsanwalt Matthias Rohrmann die vielfältigen Rechtsfragen beim Personalübergang bei Verkehren im Schienenpersonennahverkehr (SPNV) nach § 131 Abs. 3 GWB i.V.m. Art. 4 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 veranschaulichte. Abschließend beleuchteten Rainer Wohlers (CFO Nehlsen AG, Bremen) und Rechtsanwalt Dr. Jakob Steiff (Frankfurt) unter der Moderation von Professor Dr. Thorsten Siegel (Freie Universität Berlin) das neue Recht der Konzessionsvergabe aus verschiedener Perspektive.

Fazit: Man muss nicht gleich mit Bertolt Brecht bzw. Marcel Reich-Ranicki sprechen: „Und so sehen wir betroffen / Den Vorhang zu und alle Fragen offen“ – doch vieles, was die jüngst verwirklichte, aber auch die derzeit anstehende Reform des Vergaberechts an Rechtsproblemen aufgeworfen hat, wird alle Beteiligten auch noch bei den nächsten, den 19. forum vergabe Gesprächen beschäftigen. Auf ein Neues also vom 18. bis 20. April 2018 in Fulda.

Risikomanagement im Planungsbüro

Geschäftsrisiken für Planungsbüros – Teil 2: Leistungserbringung



Dipl.-Ing. Ulrich Welter, ö.b.u.v. Sachverständiger für Honorare nach HOAI, inside® Büsum

Nachdem in der vorherigen Ausgabe die Risikobereiche „Angebot“ und „Vertrag“ betrachtet wurden, widmet sich dieser Artikel der Risiken des Bereichs der „Leistungserbringung“. Hier haben die Planer selbst den größten Einfluss.

Architekten- und Ingenieurverträge sind Werkverträge. Der Planer schuldet daher gem. § 631 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) dem Auftraggeber das „versprochene Werk“. Was er genau versprochen hat, ergibt sich aus dem geschlossenen Vertrag.

Ist der Vertrag zustande gekommen, muss der Planer die Leistungen erbringen, die für das „versprochene Werk“ erforderlich sind. In der Regel erbringt er sie mit dem eigenen Büro.

In dieser Leistungserbringung ist für den Planer eine Fülle von Risiken enthalten mit denen er angemessen umgehen muss.

Dazu muss er sie erkennen und bewerten und dann aktiv beobachten und steuern (Risikocontrolling).

Die Phasen Angebot und Vertragsabschluss gehören zwar ebenfalls zum gesamten Risikomanagement (vgl. VergabeNavigator 05-16, Seite 15). Im Zeitraum der Leistungserbringung können sich aber die meisten Risiken realisieren. Deshalb gilt für diese Phase ein erhöhter Beobachtungsdruck.

Risikobereich „Leistungserbringung“

Im Zeitraum der Leistungserbringung setzt der Auftragnehmer sein Personal

ein, um seiner Leistungspflicht nachzukommen. Er verfolgt berechtigterweise das Ziel, den Auftrag gewinnbringend abzuwickeln. Dabei muss er stets beachten, dass die Fundamente jeden Auftrags drei Säulen sind.

3-Säulen-Modell

Bei jeglicher erbrachter oder zu erbringender Leistung sind immer die drei Säulen

- Leistung
- Zeit
- Geld

betroffen. Jeder Projektverantwortliche, jeder Entscheider muss sich damit auseinandersetzen, um die damit verbundenen bzw. daraus resultierenden Risiken erkennen, bewerten und minimieren zu können.

Leistung

Zunächst gilt für die vertraglich bereits vereinbarten Leistungen festzustellen:

- Welche Leistungen sind konkret zu erbringen? Sind sie im Vertrag so gut beschrieben, dass es keine Zweifel, keinen Interpretationsspielraum gibt? Dies ist bei geistig-schöpferischen Ingenieurleistungen leider nicht immer der Fall.
- Wie sind diese Leistungen zu erbringen? Sind hierzu Vereinbarungen getroffen worden? (z.B. einzusetzende Software, Hardware o.Ä.).
- Welche Auflagen ergeben sich aus dem QM-System?
- Ist das für das Projekt vorgesehene Personal verfügbar? (Schwangerschaft, längere Krankheit, längerer Urlaub, in anderen Projekten gebunden)
- Stellt der Auftraggeber bzw. dessen zuständiger Mitarbeiter/Projektleiter besondere Anforderungen an die Leistung? (Erbsenzähler, Rosinenpücker)

Zeit

- Bis wann sind die vereinbarten Leistungen zu erbringen? (Termine / Fristen), sind Zwischentermine o. ä. vereinbart?
- Welches Personal muss eingesetzt werden, um die vereinbarten Termine/Fristen einzuhalten?
- Verlängerte Planungszeit wegen z.B. schleppender Auftraggeber-Entscheidungen
- Verlängerte Bauzeit wegen z.B. schleppender Auftraggeber-Entscheidungen und/oder nicht ausreichender Leistungsfähigkeit der Baufirma

Geld

- Ist das vereinbarte Honorar bei der zu erwartenden Bearbeitungszeit mit dem zur Verfügung stehenden Personal ausreichend?
- Welche Zahlungsziele sind vereinbart? (Liquiditätsplanung)
- Sind Sicherheitseinbehalte vereinbart? (Liquiditätsplanung)
- Sind Vertragsstrafen vereinbart?
- Besteht ein Ausfallrisiko? (Insolvenz des Auftraggebers)

Diese Risiken sind oftmals bei der Kalkulation des Angebots nicht erkennbar. Der Auftragnehmer weiß z.B. nicht welcher Mitarbeiter/welche Mitarbeiterin des Auftraggebers später mit dem Projekt befasst wird. Allein daran kann sich aber der wirtschaftliche Erfolg bzw. Misserfolg des gesamten Projekts festmachen. Betroffen sind Städte und Gemeinden ebenso wie Kreisverwaltungen, Zweckverbände, Eigenbetriebe/-gesellschaften oder das Eisenbahnbundesamt (EBA). Der eine Sachbearbeiter/Prüfer fordert eben mehr als der andere, noch einen Nachweis, noch eine Erläuterung, noch eine Berechnung, noch ein Detail. Dies alles liegt in der Risikosphäre des Auftragnehmers/Planers und ist nur von ihm zu erkennen und zu bewerten. Hat er dies bei der Angebotslegung und bei Vertragsschluss, z.B. aus Wettbewerbsgründen, nicht oder nicht ausreichend getan/tun können, so kann und muss er dies bei nachträglichen bzw. zusätzlichen Leistungen mit Nachdruck tun.

Die oben aufgeführten Risiken bzgl. Leistung, Zeit und Geld spielen deshalb bei Nachtragsverhandlungen eine besondere Rolle. Dabei ist diese Reihenfolge einzuhalten und der Grundsatz zu beachten: „Keine Leistung ohne Auftrag“.

Ein Beispiel:

Die Parteien schließen einen Stufenvertrag. Der Architekt erbringt erste Leistungsstufe und rechnet ab. Im Hinblick auf die zweite Leistungsstufe (Leistungsphasen 5 – 8) erfolgt kein ausdrücklicher Abruf durch den Auftraggeber. Die Parteien steigen aber schon weit in Details der Ausführungsplanung und der LVZ ein. Der Architekt erbringt Leistungsphasen 5 und 6 und übergibt sie dem Auftraggeber. Auf Wunsch des Auftraggebers werden Unterlagen teilweise auch vom Auftraggeber korrigiert. Der Auftraggeber reicht die Unterlagen dann zurück. Der Architekt rechnet die Leistungsphasen 5 + 6 mit gut 60.000,- € ab. Der Auftraggeber bestreitet das Zustandekommen eines Vertrages über die Leistungsphasen 5 und 6.

Das Gericht folgt ihm. Zur Annahme eines Vertragsschlusses reiche die Tatsache nicht aus, dass Planungsleistungen erbracht und entgegengenommen worden seien. Eine Vermutung dahingehend, dass umfangreiche Architekten- und Ingenieurleistungen nur im Rahmen eines Vertrags erbracht werden würden, gäbe es nicht. Zu berücksichtigen sei, dass bei größeren Bauvorhaben Leistungen des Architekten ohne vertragliche Vereinbarung „allgemein üblich“ seien (vgl. OLG Jena, Urteil vom 19.12.2014 – 1 U 509/14).

Aber auch:

„Mit der Einreichung bei der Baubehörde wird die Genehmigungsplanung bestimmungsgemäß verwertet. Dadurch gibt der Auftraggeber zu erkennen, dass er die vom Architekten erbrachten Planungsleistungen als vertraglich geschuldet und nicht lediglich als Akquisitionsleistungen entgegennimmt.“

(OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.6.2011 – 21 U 129/10)

Im zweiten Beispiel ist der Auftrag durch Annahme und Verwertung der Leistung stillschweigend durch schlüssiges Handeln (konkludent) zustande gekommen. Darauf aber können Planer nicht setzen. Ihr betriebliches Risiko, auf der Leistung sitzen zu bleiben (s.o. erstes Beispiel), ist viel zu groß. Es muss daher so sein, dass vor der Leistungserbringung immer ein Auftrag vorliegen muss. Hingegen kann auf eine Honorarvereinbarung verzichtet werden, weil gem. § 632 Abs. 2 BGB der Auftragnehmer immer einen Anspruch auf Honorar hat (von den wenigen Ausnahmefällen abgesehen, z.B. innerfamiliärer Auftrag).

Betroffen sind also spätere Änderungs- bzw. Ergänzungsleistungen, die vom Auftraggeber gewünscht werden und nicht vom Auftragnehmer zu vertreten sind (z.B. mangelhafte Leistung). Für diese Leistungen ist jeweils ein eigenständiger Vertrag (Nachtrag) zu schließen. Die Konditionen dafür sind jeweils auszuhandeln. Dabei hat der Auftragnehmer alle oben aufgeführten Risiken zum Schutz seines Unternehmens jeweils wieder neu zu bewerten.

Für jede Änderungs- bzw. Ergänzungsleistung gilt, dass sie auf den drei Säulen ruht, nämlich Leistung – Zeit – Geld. Und nur wenn diese drei Säulen gleich stark sind, sind die Risiken ausgewogen berücksichtigt.



Rechte und Pflichten

Für den Auftragnehmer ist es, wie oben dargelegt, bedeutsam, dass er keine Leistung ohne Auftrag erbringt. Andererseits schuldet er den versprochenen Erfolg und muss alle Leistungen erbringen, um diesen Erfolg zu erreichen. Sofern er mit diesen Leistungen nicht beauftragt ist, muss er eine Beauftragung annehmen, wenn er „darauf eingerichtet“ ist.

Es gibt eine Vielzahl von Vertragsklauseln in den am Markt üblichen Musterverträgen die genau das zum Inhalt haben, nämlich sinngemäß:

„... der Auftragnehmer ist verpflichtet, weitere Leistungen zu erbringen sofern er darauf eingerichtet ist. Er kann die Leistungserbringung nicht von einer Honorarvereinbarung abhängig machen.“

In der Praxis führt dies häufig dazu, dass der Auftraggeber eine Änderungs- bzw. Ergänzungsleistung anordnet, der Auftragnehmer diese Leistung erbringt und nach Fertigstellung erfährt, dass die Prüfung bedauerlicherweise ergeben habe, dass ein Honoraranspruch nicht besteht. Hiermit ist erkennbar ein großes Risiko für den Auftragnehmer verbunden. Zwar

kann er auf Honorarzahlung klagen. Aber damit sind neue Risiken und Aufwendungen verbunden.

Auftragnehmer können stattdessen prüfen, ob sie tatsächlich „darauf eingerichtet“ sind. Dazu muss es nämlich nicht nur so sein, dass der Auftragnehmer die erforderliche Leistung überhaupt erbringen kann (Know-how, Kompetenz). Vielmehr muss er auch über die dafür erforderlichen Kapazitäten verfügen (Personal muss verfügbar sein). Ist dies nicht der Fall, so muss er den Auftraggeber hierauf hinweisen und ihm einen Fertigstellungstermin für die gewünschte Änderungs- bzw. Ergänzungsleistung nennen der realistisch ist. In diesem Fall offenbart sich dann, dass auch der Auftraggeber Risiken zu tragen hat, nämlich z.B., dass die von ihm gewünschten zusätzlichen Leistungen nicht in der von ihm angestrebten Zeit fertiggestellt werden können. In diesem Fall muss er ggf. einen Dritten mit diesen Leistungen beauftragen.

Während diese Risiken für den Auftraggeber zumeist nur zu Ärgernissen führen, sind die Risiken für den Auftragnehmer oft existenzbedrohend. Daraus leitet sich

die besondere Pflicht zur Risikoüberwachung beim Auftragnehmer ab.

Um die Risiken soweit wie möglich zu erkennen und zu minimieren, entwickelt der Auftragnehmer Strategien und Prozesse zum Umgang mit Risiken, z.B.:

- Organisation und Ressourcen
- Art und Weise der Gestaltung des Projektbeginns
- Kommunikation während der Projektlaufzeit
- Soll-/Ist-Vergleiche der Projektergebnisse
- Fehlerkultur
- Auswertung und Schlussfolgerungen

Zum richtigen Umgang mit den beschriebenen Risiken bedarf es Faktenerhebung, Faktenanalyse, Erfahrung, Intuition, Vertrauen, Führung und Anleitung. Vor allem aber muss Interesse an dieser Aufgabe bestehen. Planer und Auftraggeber müssen sich diesen Themen nicht nur stellen sondern jeder für sich aktives Risikomanagement betreiben und hierüber auf Augenhöhe kommunizieren. Dann werden Projekte erfolgreich abgewickelt.



VergabeDigital

www.das-vergabeportal.de

das gesamte Vergabe-Portfolio des
Bundesanzeiger Verlags in einer Datenbank –
intelligent vernetzt und treffsicher zu durchsuchen



ONLINE-FORTBILDUNG

VERGABETRAINER







www.vergabetrainer.de

das revolutionäre Schulungstool
mit Qualifikationsnachweis und 100% Flexibilität



Umfassende Möglichkeiten
zur Individualisierung für Großkunden

Weitere Informationen unter www.bundesanzeiger-verlag.de/vergabe-digital