

Elektronische Kommunikation

Neben dem oben bereits erwähnten besonderen Anwaltspostfach, der eine sichere Kommunikation zwischen der Anwaltschaft und den Gerichten sicher stellt ist auf der Ebene der öffentlichen Verwaltung neben der Möglichkeit der Kommunikation mittels DE-Mail auch die Etablierung des besonderen Behördenpostfaches vorgesehen (beBPo).

Bei Nutzung der DE-Mail ergibt sich das Problem, dass etwa Gerichte als Rückmeldung Folgendes geben: Die Zustellung an diese Empfänger oder Gruppen ist abgeschlossen. Vom Zielsever wurde keine Zustellungsbenachrichtigung gesendet.

Seit dem 1.1.2018 besteht bei allen Justizbehörden die Möglichkeit, Klagen, vorbereitende Schriftsätze, Anträge und sonstige Dokumente in elektronischer Form einzureichen. Hierzu wurde für Bundes-, Landes- und Kommunalbehörden das besondere elektronische Behördenpostfach (beBPo) als sicherer Übertragungsweg geschaffen.

Für die nordrhein-westfälischen Behörden, Kommunen und sonstigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts wird die gemäß § 7 Abs. 1 ERVV einzurichtende öffentliche Stelle („beBPo-Prüfstelle“) beim Landesbetrieb IT geführt. Voraussetzung für die Freischaltung eines beBPo ist, dass bereits ein EGVP-Postfach besteht. Die Einrichtung des beBPo ist letztlich ein technischer Vorgang der IT.

Rechtsfragen

In der Praxis ergeben sich Probleme, wenn eine Vergabestelle Dokumente lediglich einfach elektronisch übermittelt, ohne diese zu signieren. Denn dann sind wesentliche Prozessvoraussetzungen nicht gegeben, weil nicht eindeutig die Identifikation geklärt werden kann oder geklärt werden kann, dass auch ein Absendewille bestand (vgl. OVG Bautzen, Beschluss vom 16.12.2019 – 4 A 1158/19.A).

Einer qualifizierten elektronischen Signatur bedarf es im Falle der Übermittlung von elektronischen Dokumenten zwischen dem besonderen elektronischen Behördenpostfach (beBPo) und dem elektronischen Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP) dagegen nicht. Vielmehr genügt es, wenn das Dokument lediglich den Namen des Urhebers oder dessen eingescannte Unterschrift am Textende wiedergibt (VGH

Mannheim, Beschluss vom 4.3.2019 – A 3 S 2890/18).

Die vorstehend beschriebenen Probleme werden durch die NRW-Lösung vermieden.

Fazit

Mit der Eröffnung eines besonderen Kommunikationsweges zu den Nachprüfungsinstanzen ermöglicht das Land NRW einen einfachen und rechtssicheren

Weg zur Sendung der Vergabeakten an die Nachprüfungsbehörden und den Vergabesenat.

Die Einrichtung ist auch geboten, damit zeitliche Verzögerungen bei der Bearbeitung von Nachprüfungsanträgen vermieden werden. Zwischenzeitlich hat das Land die personelle Situation bei den Nachprüfungsbehörden auch soweit entschärft, dass die Einhaltung der 5-wöchigen Frist (§ 167 Abs. 1 GWB) erreichbar erscheint.

Alles Schlechte nachträglich

Neues Werkvertragsrecht zu Nachträgen für Auftraggeber nicht immer erfreulich



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

Das neue Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) ist seit dem 1. Januar 2018 in Kraft. So langsam kommt es in der Praxis an. Auftraggeber und Auftragnehmer sollten sich dringend damit auseinandersetzen, denn die Vorschriften, insbesondere die Regelungen für die Vergütung von Nachtragsleistungen bei Ingenieuren und Architekten, sind für den öffentlichen Auftraggeber nicht immer nur erfreulich.

Bei Bauvorhaben ist es völlig normal, dass es zu Nachtragsangeboten kommt. Zumeist liegt das an nachträglichen Änderungsbegehren des Auftraggebers. Begründet sind Nachträge auch wegen der langen Bauzeiten, in denen neue Wünsche des Bauherren auftraten, technische Vorschriften sich ändern usw. usw.

Nachträge gibt es auch und gerade bei Ingenieur- und Architektenverträgen. Weil die Leistungen der Ingenieure und Architekten weder eindeutig noch erschöpfend beschreibbar sind und deshalb niemand das Ergebnis der Planungsleistung vorhersehen kann (es soll ja gerade durch die Planung gefunden werden), sind Änderungen und Ergänzungen an der Tagesordnung.

Auch wenn die Rechtslage bereits in der Vergangenheit klar war, so brachten Nachträge von Planern immer doch Ärger mit sich. Auftraggeber äußerten häufig:

„Wir beauftragen Sie dem Grunde nach, ob es einen Honoraranspruch überhaupt gibt, prüfen wir später.“

So wollte man zunächst die Leistungserbringung sichern. Die Honorierung wurde später häufig abgelehnt mit dem Hinweis, die Leistungen hätten ohnehin erbracht werden müssen und wären vom bereits erteilten Auftrag umfasst. Solcher Vortrag ließ regelmäßig unbeachtet, dass, wenn der Auftrag bereits erteilt war, es keiner weiteren Beauftragung „dem Grunde nach“ bedurfte. War die Leistung noch nicht beauftragt, löste die nachträgliche Beauftragung „dem Grunde nach“ einen Honoraranspruch aus, was sich bereits aus § 632 BGB ergibt.

Das Verhalten der Auftraggeber war in diesen Fällen widersprüchlich, gleichwohl verbreitet. Das neue BGB hat nun für Nachträge, auch im Planerbereich, Klarheit geschaffen. Die betroffenen Kreise sollten diese Regelungen kennen. Sie sind in Kraft bereits seit dem 1. Janu-

ar 2018 und gelten für alle nach diesem Zeitpunkt abgeschlossenen Verträge.

Änderungsbegehren des Auftraggebers

Ausgangspunkt von Nachträgen ist regelmäßig ein Änderungsbegehren des Auftraggebers. Wie es begründet ist, spielt indes keine Rolle. Das Begehren kann zustande kommen nach Beratung durch den Planer aber auch durch die Baufirma, oder aber durch eigenen Wunsch des Bauherrn. Ausgeschlossen sind lediglich Änderungen wegen Schlechtleistung des Planers oder der Baufirma.

§ 650b BGB – Änderung des Vertrags; Anordnungsrecht des Bestellers

(1) Begehrt der Besteller

1. eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs (§ 631 Absatz 2) oder
2. eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist,

streben die Vertragsparteien Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung an.

Eine Änderung nach Nr. 1 ist eine sog. „gewillkürte Änderung“ (z.B. RW-Kanal statt MW-Kanal oder Wohnhaus statt Bürohaus). Eine Änderung nach Nr. 2 ist eine sog. „erforderliche Änderung“.

Begehrt der Besteller eine dieser Änderungen, ist es für die Vertragsparteien eine gesetzliche Pflicht Einvernehmen anzustreben, und zwar sowohl bzgl. der Änderungs-/Ergänzungsleistung, als auch bzgl. der dafür erforderlichen Mehr- bzw. Mindervergütung.

Angebot erstellen

Gem. § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB ist der Auftragnehmer, hier der Planer, verpflichtet ein Angebot zu erstellen. Im Gesetz heißt es:

„Der Unternehmer ist verpflichtet, ein Angebot über die Mehr- oder Mindervergütung zu erstellen, im Falle einer Änderung nach Satz 1 Nummer 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung der Änderung zumutbar ist. Macht der Unternehmer betriebsinterne Vorgänge für die Unzumutbarkeit einer Anordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 geltend, trifft ihn die Beweislast hierfür.“

Das bedeutet, Leistungen, die aufgrund einer gewillkürten Änderung erforderlich sind, kann der Auftraggeber vom Auftragnehmer nicht per se verlangen. Er muss sie

- a) überhaupt leisten können (wer Vermessung nicht anbietet kann zu Vermessungsleistungen nicht gezwungen werden) und
- b) er muss die dafür erforderlichen Kapazitäten frei haben. Macht er letzteres für eine Ablehnung geltend, muss er dies ggf. beweisen.

Diese betriebsinternen Vorgänge (hier fehlende Kapazität) können für den Auftraggeber erhebliche Bedeutung haben. Er verliert nämlich Zeit und kann die Änderungsleistungen erst nach einem erneuten Vergabeverfahren (ggf. nach der Vergabeverordnung – VgV oder der Unterschwellenvergabeordnung – UVgO) vergeben. Zudem entsteht zusätzlicher Koordinierungsaufwand.

Vom Auftragnehmer ist dringend zu beachten, dass er dem Auftraggeber umgehend ein Nachtragsangebot erstellt. Ab dem Zugang des Änderungsbegehrens läuft nämlich eine Frist, die zu beachten ist (siehe unten nächsten Absatz). Das gilt für eine Baufirma allerdings erst dann, wenn der Bauherr der Baufirma eine entsprechende Planung zur Verfügung gestellt hat.

Diese Planung aber muss der Bauherr zunächst beim Planer anfordern, was für sich genommen bereits ein Änderungsbegehren bedeutet. Der Auftraggeber kommt hier schnell vom Regen in die Traufe. Baufirmen haben das bereits erkannt und fordern zunächst ein sog. Vergabe-Leistungsverzeichnis als Grundlage für das von ihnen geforderte Nachtragsangebot. Auftraggeber müssen hier schnell handeln.

30-Tagesfrist für eine Einigung

Nach Zugang des Änderungsbegehrens bleibt den Parteien gem. § 650b Abs. 2 BGB eine Frist von 30 Tagen, um Einvernehmen herzustellen, also sich zu einigen.

§ 650b BGB – Änderung des Vertrags; Anordnungsrecht des Bestellers

- (2) Erzielen die Parteien binnen 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Unternehmer keine Einigung nach Absatz 1, kann der Besteller die Änderung in Textform anordnen. Der Unternehmer ist verpflichtet, der Anordnung des Bestellers nachzukommen, einer Anordnung nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 jedoch nur, wenn ihm die Ausführung zumutbar ist. Absatz 1 Satz 3 gilt entsprechend.

Gelingt eine Einigung nicht, kann der Auftraggeber die Leistung anordnen, sofern sie zumutbar ist (s.o.). Dieses neue Anordnungsrecht des Auftraggebers ist ein starkes Recht. Er verfügt sozusagen per Dekret, dass der Auftragnehmer leisten muss, und zwar ohne jegliche Einigung bzgl. einer Vergütung.

Dieses Recht hat allerdings seinen Preis.

Die Vergütung für angeordnete Leistungen

Der Gesetzgeber hat dem Anordnungsrecht des Auftraggebers ein ebenso starkes Vergütungsrecht des Auftragnehmers gegenübergestellt. Hierzu heißt es:

§ 650c BGB – Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Absatz 2

- (1) Die Höhe des Vergütungsanspruchs für den infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650b Absatz 2 vermehrten oder verminderten Aufwand ist nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln.

Der Auftragnehmer kann sicher sein, dass er nicht nur seine Kosten erstattet erhält, sondern einen angemessenen Gewinn erwirtschaftet. Vorausgesetzt, der Auftraggeber hat die Leistung angeordnet.

Die vorgenannte Formulierung hat auch der Bundesgerichtshof (BGH) in seinem Urteil vom 8.8.2019 (VII ZR 34/18) bzgl. der Abrechnung von Mengenmehrungen bei Bauverträgen auch schon benutzt. Die alte Korbion'sche Formel „Guter Preis bleibt guter Preis und schlechter Preis bleibt schlechter Preis“ gilt seither nicht mehr.

Bedenkt man zudem, dass Wagnis und Gewinn bei Planungsbüros nicht unter 20 % liegen können, wird klar, dass der Einigungsdruck bzgl. der Vergütung der vom Auftraggeber begehrten Änderungsleistungen insbesondere auf dem Auftraggeber lastet.

Als wäre es damit nicht schon genug hat der Gesetzgeber dem Planer bzgl. der Abrechnung ein Wahlrecht eingeräumt.

§ 650c BGB – Vergütungsanpassung bei Anordnungen nach § 650b Absatz 2

- (2) Der Unternehmer kann zur Berechnung der Vergütung für den Nachtrag auf die Ansätze in einer vereinbarungsgemäß hinterlegten Urkalkulation zurückgreifen. Es wird

vermutet, dass die auf Basis der Urkalkulation fortgeschriebene Vergütung der Vergütung nach Absatz 1 entspricht.

Der Planer kann also wählen, ob er nach Urkalkulation oder nach Kosten plus Zuschlägen abrechnen will und er wird sich ganz sicher für das für ihn bessere Vorgehen entscheiden.

Für Leistungen, die vom Ordnungsrahmen der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) erfasst sind, also Grundleistungen i.S. von § 3 Abs. 1 HOAI darstellen, gilt:

§ 650q BGB – Anwendbare Vorschriften

(2) Für die Vergütungsanpassung im Fall von Anordnungen nach § 650b Absatz 2 gelten die Entgeltberechnungsregeln der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure in der jeweils geltenden Fassung, soweit infolge der Anordnung zu erbringende oder entfallende Leistungen vom Anwendungsbereich der Honorarordnung erfasst werden.

Diese Leistungen sind deshalb nach den Vorschriften der HOAI abzurechnen. Das EuGH-Urteil (Rs. C-377/17) zur EU-Rechtswidrigkeit der HOAI vom

4.7.2019 spielt hierbei keine Rolle. Es fehlt nämlich an einer formwirksamen Vereinbarung, denn die Parteien haben sich ja innerhalb der 30-Tage-Frist nicht geeinigt.

Den Parteien ist deshalb zu empfehlen, sich innerhalb der 30-Tage-Frist zu einigen, und zwar sowohl hinsichtlich der Leistung als auch hinsichtlich der Vergütung. Eine Einigung ist stets besser als eine streitige Auseinandersetzung. Zudem wissen beide Seiten bereits vor Leistungserbringung, was von ihnen erwartet wird.

Abschlagszahlungen für angeordnete Leistungen

Letztlich ist zu beachten, dass der Auftragnehmer im Falle einer Nicht-Einigung und Anordnung durch den Auftraggeber gem. § 650c Abs. 3 BGB eine Abschlagsrechnung i.H. von 80 % seines Angebots stellen darf.

Bietet der Planer also die vom Auftraggeber begehrte Änderung zu einem Honorar i.H. von z.B. 50.000,- € an und die Parteien einigen sich innerhalb von 30 Tagen nicht, weil der Auftraggeber z.B. der Meinung ist, dass ein Honorar i.H. von allenfalls 25.000,- € angemessen sei, und kommt es in der Folge zu einer Anordnung des Auftraggebers, kann der Planer eine Zwischenrechnung i.H. von

80 % von 50.000,- € = 40.000,- € stellen. Zwar muss er ggf. zu viel erhaltenes Honorar später zurückerstatten, aber der Auftraggeber muss die Abschlagsrechnung zunächst begleichen.

Fazit

- Begehrt der Auftraggeber eine Änderung, teilt er dies dem Planer mit.
- Der Planer unterbreitet umgehend ein Angebot.
- Die Parteien verhandeln 30 Tage lang. In dieser Zeit wird und sollte der Planer keine Leistungen erbringen.
- Kommt keine Einigung zustande, kann der Auftraggeber die Änderungs-/Ergänzungsleistung anordnen. Der Planer sollte nachfragen, ob es sich um eine Anordnung handelt.
- Der Planer rechnet Grundleistungen nach HOAI ab. Für alle anderen Leistungen hat er das Wahlrecht, abzurechnen nach Aufwand plus Zuschlägen oder nach Urkalkulation.

Diese neuen gesetzlichen Regelungen führen dazu, dass der Umgang mit Nachträgen für Auftraggeber „ungemütlicher“ wird. Planer sollten Nachtragsangebote umgehend vorlegen und vor einer Einigung oder Anordnung keinesfalls Leistungen erbringen.

Praxishandbuch E-Vergabe: Von der Auswahl über die Einführung bis zum laufenden Betrieb



IN VORBEREITUNG

Klipstein · Kuljanin
E-Vergabe
Grundbegriffe – Schnittstellen – Fehlerquellen
2019, ca. 250 Seiten, 16,5 x 24,4 cm,
Buch (Softcover), 49,00 €
ISBN 978-3-8462-0566-2

Erscheinungstermin: Februar 2020

| Print | E-Book |

VORTEILE

- Sie erhalten einen Überblick über den Markt und die wichtigsten Grundbegriffe
- Sie verstehen die wesentlichen Unterschiede zwischen den am Markt derzeit angebotenen Lösungen
- Sie erhalten eine Hilfestellung für die Auswahl sowie die weitere Einführung einer E-Vergabe-Lösung
- Sie lernen die typischen Problemfelder der E-Vergabe in der Praxis und ihre rechtlichen Auswirkungen kennen
- Weitere rechtliche Rahmenbedingungen der E-Vergabe: Von der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) bis zum Onlinezugangsgesetz (OZG)
- Praxisnahes Handbuch für den laufenden Betrieb aber auch die Einführung der E-Vergabe

Mehr Infos und versandkostenfrei (deutschlandweit) bestellen: shop.reguvis.de/0566-2

Kostenlose Bestell-Hotline: 0 800/1234-339
(gebührenfrei aus dem deutschen Festnetz)
Fax: 02 21/9 76 68-271 | www.reguvis.de
In jeder Fachbuchhandlung

Reguvis
Fachmedien GmbH
Amsterdamer Str. 192
50735 Köln

Reguvis
Kooperationspartner des
Bundesanzeiger Verlages