

# Jetzt wird's eng

## Die aktuelle Rechtsprechung birgt erhebliche Risiken für Planer



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

**Nach der aktuellen Rechtsprechung kommt ein Vertrag mit einer Gemeinde nur schriftlich zustande. Das ist bei Planungs- und Überwachungsleistungen nicht immer der Fall und führt zu sehr deutlichen und zusätzlichen Risiken für Ingenieure und Architekten. Die Bestimmungen des neuen Werkvertragsrechts für Nachträge führen zudem dazu, dass sich Projekte verzögern und verteuern. Die Beteiligten sind gut beraten, wenn sie besonnen agieren.**

### Ein Paukenschlag des OLG Hamm

Nach deutschem Recht kommen Verträge schriftlich, mündlich oder konkludent (durch schlüssiges Verhalten) zustande. Ausgenommen davon sind lediglich besondere Geschäfte wie zum Beispiel Immobilienverkäufe mit obligatorischer notarieller Beurkundung.

Bei einem schriftlichen Vertrag genügt die vertragliche Schriftform. Die strengen Anforderungen der gesetzlichen Schriftform gem. § 126 BGB (zwei Unterschriften auf einer Urkunde) brauchen nicht eingehalten zu werden. Die Formulierung:

*„Ich beauftrage Sie auf der Grundlage Ihres Angebotes vom ... mit den Leistungen.....“*

reicht völlig aus. Bei einer schriftlichen Beauftragung, einem schriftlichen Vertrag ergeben sich keinerlei Beweisprobleme.

### Bauherr: „Legen Sie los, fangen Sie an!“ = Vertrag geschlossen

Das ist bei einer mündlichen Beauftragung anders: Diskutieren Bauherr und Architekt über die Möglichkeiten der Nutzungsänderung eines Gebäudes und weist der Architekt darauf hin, dass er hierfür keinen Auftrag hat, ist die Äußerung des Bauherrn „Legen Sie los, fangen Sie an!“ als entsprechende Beauftragung zu werten.

Erbringt der Architekt in einem solchen Fall bereits vor Auftragserteilung einzelne Leistungen, kann er hierfür nach Auf-

tragserteilung das entsprechende Honorar verlangen. Das hat das Oberlandesgericht (OLG) München bereits im Beschluss vom 18.11.2013 (27 U 743/13) entschieden.

Einzigste Anforderung ist, dass der Planer beweisen muss, dass der Bauherr „Legen Sie los, fangen Sie an“ tatsächlich geäußert hat. Das kann durch Zeugenbeweis oder durch ein unwidersprochenes Gesprächsprotokoll o.ä. geschehen.

Solche Fälle kommen in der Praxis sehr häufig vor. Das gilt auch und gerade für Planungs- und/oder Überwachungsleistungen bei Infrastrukturanlagen.

Wenn sich zum Beispiel im Zuge einer schriftlich beauftragten Planung für eine innerörtliche Straße der Bauherr dazu entschließt, den zunächst ausgeklammerten Knotenpunkt nun doch planen zu lassen, dann ist dies nicht nur eine einfache Mengenmehrung, sondern es kommt ein zusätzliches Bauwerk hinzu.

### Planen für eine Kommune: Kein schriftlicher Vertrag, kein Honorar!

Da wird zwar besprochen und steht hin und wieder auch in einem Protokoll, eine schriftliche Beauftragung ist dies aber nicht (dazu unten mehr). Das gilt erst recht für Planungsleistungen, die von Anfang an nur mündlich beauftragt waren. In diesem Kontext entschied das Landgericht (LG) Münster, dass ein Architekt, der eine mündliche bzw. konkludente Beauftragung behauptet, seinen Klagevortrag nicht darauf beschränken kann, allein auf sein Tätigwerden bzw.

die Erbringung von Architektenleistungen zu verweisen (vgl. BGH, Urteil v. 5.6.1997 – VII ZR 124/96).

Das LG hielt außerdem fest, dass Erklärungen, durch die eine Gemeinde außerhalb laufender Verwaltung verpflichtet werden soll, der Schriftform bedürfen. Andernfalls werde die Gemeinde nicht gebunden – mit der Folge, dass es an einem Vertragsschluss fehle (LG Münster, Urteil v. 10.2.2021 – 116 O 40/20, nicht rechtskräftig).

Das OLG Hamm als Berufungsinstanz entschied den Fall wie folgt: Fehlt es außerhalb von Geschäften der laufenden Verwaltung an einem schriftlichen Vertrag, kommt kein Vertragsverhältnis zu Stande. Erbringt der Architekt dennoch Leistungen, trägt er das Risiko, keine Vergütung zu erhalten (OLG Hamm, Beschluss v. 26.8.2021 – 24 U 41/21).

Das Urteil ist für die Planerbranche von fundamentaler Bedeutung. Die öffentliche Hand ist zwar an das Vergaberecht gebunden, aber jeden Tag wird eine große Zahl von Planungs-/Überwachungsaufträgen freihändig vergeben. Die Gründe dafür sind vielfältig und tun hier nichts zur Sache. Diese Vergaben führen aber nun zu einer Risikoverschiebung weg vom Auftraggeber (Verstoß gegen das Vergaberecht) und hin zum Planer (kein Vergütungsanspruch ohne schriftlichen Auftrag).

Da sich das Erfordernis der schriftlichen Beauftragung nicht nur auf den jeweiligen Hauptauftrag, sondern auch auf alle nachträglichen Beauftragungen (Nachträge) bezieht, gerät eine geordnete und zeitnahe Leistungserbringung bei veränderten Bedingungen nun in Gefahr.

Wird zum Beispiel eine zusätzliche Planungsleistung erforderlich oder vom Auftraggeber gewünscht, muss der Planer ab sofort auf einer schriftlichen Auftragserteilung bestehen, weil er andernfalls gar keinen Rechtsanspruch auf Vergütung hat. Das gilt aber für Bauleistungen ebenso. Es liegt nun am öffentlichen Auftraggeber, für rechtzeitige Auftragserteilung zu sorgen. Hierzu wird unten im Zusammenhang mit dem Anordnungsrecht des Bauherrn gem. § 650b des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) vertieft ausgeführt.

Wie wird ein Rechnungsprüfer reagieren (müssen), wenn er Jahre nach Fertigstellung und Abrechnung einer kommunalen Baumaßnahme feststellt, dass sowohl

Planungs- als auch Bauleistungen erbracht und bezahlt wurden, für die schriftliche Aufträge gar nicht vorlagen? Müssen dann alle erhaltenen Zahlungen zurückgezahlt werden? Haftet dann der Bürgermeister oder der Bauamtsleiter privatrechtlich und verliert er sein Häuschen?

Dabei ist das alles nicht neu. So hat das OLG Stuttgart im Urteil vom 9.2.2016 (10 U 137/15) entschieden: Die dem ersten Bürgermeister einer bayerischen Kommune in Art. 38 Abs. 1 der Bayerischen Gemeindeordnung (BayGO) eingeräumte Vertretungsmacht ist durch das Gesetz selbst wesentlich beschränkt. Sie ist abgesehen von den Ausnahmefällen des Art. 37 BayGO davon abhängig, dass ein entsprechender Gemeinderats- oder Ausschussbeschluss vorliegt.

Der von einem ersten Bürgermeister ohne einen entsprechenden Gemeinderats- oder Ausschussbeschluss unterzeichnete Vertrag ist daher gemäß § 177 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) schwebend unwirksam und kann vom Gemeinderat genehmigt werden.

Es muss also nicht nur ein schriftlicher Auftrag vorhanden sein, dem muss zudem ein Gremienbeschluss zugrunde liegen. Man stelle sich vor, der Planer soll dem Bürgermeister sagen, dass er einen schriftlichen Auftrag benötige und darin der Beschluss des zuständigen Gremiums anzugeben ist, nur weil der Bürgermeister darum gebeten hatte, den Regenwasserkanal auch in der angrenzenden Straße zu planen. Und das Gleiche macht die Baufirma und alles das während einer laufenden Baustelle, so wie es seit Jahrzehnten üblich ist.

Planer und Baufirma müssen sich nun auf ein solches Prozedere zurückziehen, wollen sie nicht nachher im Regen stehen. Dazu trägt das Nachtragsprozedere des 650b BGB auch noch bei.

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

„(1) Begehrt der Besteller

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

streben die Vertragsparteien Einvernehmen über die Änderung und die infolge der Änderung zu leistende Mehr- oder Mindervergütung an. 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. Trägt der Besteller die Verantwortung für die Planung des Bauwerks oder der Außenanlage, ist der Unternehmer nur dann zur Erstellung eines Angebots über die Mehr- oder Mindervergütung verpflichtet, wenn der Besteller die für die Änderung erforderliche Planung vorgenommen und dem Unternehmer zur Verfügung gestellt hat. (...)

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.“

Diese Vorschriften führen nun zu folgendem Ablauf:

- a) der Auftraggeber (AG), eine Kommune, begehrt während der Bauausführung eine Änderung der Gehwegbefestigung, statt Betonplatten nun Pflaster.
- b) Die Baufirma fordert ein „Nachtrags-LV“, weil der Bauherr für die Planung verantwortlich ist.
- c) Der AG begehrt eine entsprechende Planung beim Ingenieurbüro.
- d) Das Ingenieurbüro macht gemäß § 650b Abs. 1 BGB ein Angebot, mit dem der AG aber wegen der Höhe nicht einverstanden ist.
- e) Die Parteien verhandeln 30 Tage erfolglos.
- f) Der AG ordnet nun die Planungsleistung an, nachdem er zuvor einen entsprechenden Gremienbeschluss herbeigeführt hat (Dauer z.B. 1 Monat).

- g) Das Ingenieurbüro erbringt die Planungsleistung (Dauer z.B. 1 Monat).
- h) Der AG übergibt die geänderte Planung einschl. Leistungsverzeichnis der Baufirma und erbittet das Nachtragsangebot.
- i) Die Baufirma macht gem. § 650b Abs. 1 BGB ein Angebot, mit dem der AG aber wegen der Höhe nicht einverstanden.
- j) Die Parteien verhandeln 30 Tage erfolglos.
- k) Der AG ordnet nun die Bauleistung an, nachdem er zuvor einen entsprechenden Gremienbeschluss herbeigeführt hat (Dauer z.B. 1 Monat).
- l) Die Baufirma erbringt die Bauleistung (Dauer z.B. 1 Monat).
- m) Die ganze Prozedur hat seit dem Änderungsbegehren des Bauherrn nun 6 Monate gedauert. Die damit verbundenen Mehrkosten wegen Baustellenstillstand (BGH, Beschluss v. 23.3.2022 – VII ZR 191/21) u.a.m. seien hier nur am Rande erwähnt.

Es fällt nicht schwer, sich vorzustellen, wohin dies führen wird. Nachdem Planer und Baufirmen Lehrgeld bezahlt haben, werden sie schnell Wege finden, das Risiko auf den Bauherrn zu übertragen. Es wird dann an den Kommunen liegen, ihre Geschäfte so zu führen, dass die oben beschriebenen Verzögerungen nicht eintreten. Eine Stärkung der vertrauensvollen Zusammenarbeit von Kommune und heimischer Wirtschaft jedenfalls wird damit nicht verbunden sein.

### Fazit

Nachdem nun klargestellt ist, dass mündliche oder konkludente Auftragserteilungen von Kommunen nicht möglich sind, stehen Planer und Bauwirtschaft in der Gefahr, bereits erhaltene Zahlungen für erbrachte Leistungen zurückzahlen zu müssen. Sie müssen und werden das Risiko auf den Bauherrn (die Kommune) verlagern. Die Kommune wird Aufträge nur noch schriftlich und nach vorherigem Gremienbeschluss erteilen können, weil ihre Vertragspartner andere Aufträge nicht mehr annehmen werden.

Das gilt auch für das nach § 650b BGB einzuhaltende Prozedere bei Nachträgen. Auch hier trägt der Bauherr das Risiko, insbesondere bzgl. Terminverlängerung und Mehrkosten, allein.

# Vergabe Navigator

ÖFFENTLICHE AUFTRÄGE RECHTSSICHER VERGEBEN – FACHINFORMATIONEN FÜR DIE VERGABESTELLEN

## HERAUSGEBER

Rechtsanwalt  
Norbert Dippel

Ltd. städt. Rechtsdirektor  
Martin Krämer

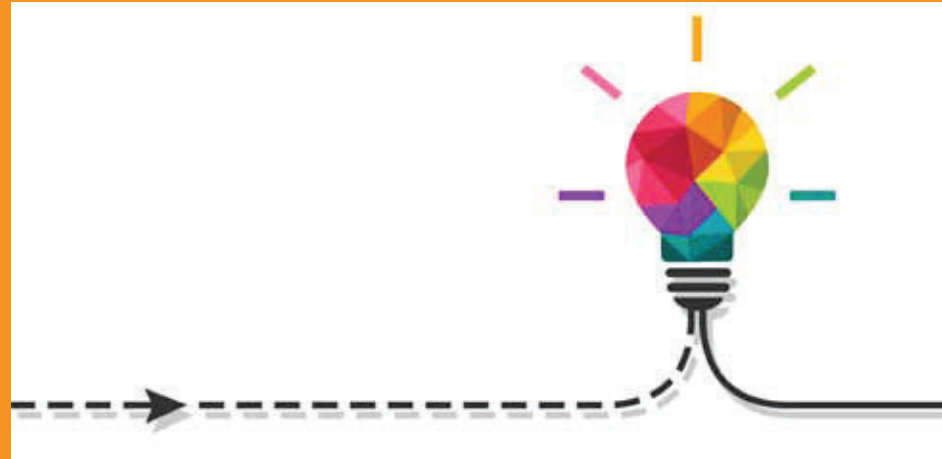
Rechtsanwalt  
Prof. Dr. Ralf Leinemann

Rechtsanwalt  
Dr. Rainer Noch

Beigeordneter a.D., DStGB  
Norbert Portz

Stadtrechtsdirektor  
Dr. Kay-Uwe Rhein

Dipl.-Ing.  
Ulrich Welter



■ *Rechtsanwalt Dr. Rainer Noch*

## Konzept als Kriterium

Zur Wertung leistungsbezogener  
Zuschlagskriterien

24

■ *Rechtsanwalt Armin Preussler*

## Generalplaner gesucht

VK Südbayern: Gesamtvergabe für  
übergreifende Fachplanung zulässig

13

■ *Rechtsanwalt Lucas Orf*

## Abstrakter Verdacht reicht nicht

VK Bund: Vorbefassung führt nicht  
immer zu einer Wettbewerbsverzerrung

18

622

≡ Reguvis

Kooperationspartner des  
Bundesanzeiger Verlages

 **NACHRICHTEN • AKTUELLES** ..... 3

 **GRUNDSÄTZE DER BESCHAFFUNG UND VERGABE**

*Oberverwaltungsrat Julian Pfeuffer*

**Referenz: bekannt!**

Können Referenzen auch ohne Angabe durch den Bieter berücksichtigt werden? ..... 5

*Dr. Aykut Uslu*

**Stiftungen als Träger von Krankenhäusern**

Zur Bestimmung des öffentlichen Auftraggebers ..... 7

*Dipl.-Ing. Ulrich Welter*

**Jetzt wird's eng**

Die aktuelle Rechtsprechung birgt erhebliche Risiken für Planer ..... 10

 **RECHTSPRECHUNG**

*Rechtsanwältin Kristin Beckmann*

**Können Bauleistungen dringlich sein?** ..... 12

*Rechtsanwalt Armin Preussler*

**Generalplaner gesucht** ..... 13

*Rechtsanwältin Anne Müller*

**Verstoß ja, schwere Verfehlung nein** ..... 15

*Rechtsanwalt Moritz Schmidt*

**Begründete Zweifel an der Vertragstreue** ..... 16

*Rechtsanwalt Lucas Orf*

**Abstrakter Verdacht reicht nicht** ..... 18

 **DER TYPISCHE FALL**


*Rechtsanwalt Dr. Rainer Noch*

**Was im Auge des Betrachters liegt** ..... 21

 **DER VERGABE-CHECK**

*Rechtsanwalt Dr. Rainer Noch*

**Konzept als Kriterium** ..... 24

 **TERMINE** ..... 27

IMPRESSUM

**Vergabe Navigator**

Öffentliche Aufträge rechtssicher vergeben – Fachinformationen für die Vergabestelle – herausgegeben in Verbindung mit RA Norbert Dippel, Abteilungsleiter Vergabe bei der HIL Heeresinstandsetzungslogistik GmbH, Bonn; Stadtrechtsdirektor Dr. Kay-Uwe Rhein, Leiter Vergaberecht der Stadt Mönchengladbach; Rechtsanwalt, Ltd. St. Rechtsdirektor Martin Krämer, ehemaliger Leiter Zentrales Vergabeamt, Bundesstadt Bonn; RA Prof. Dr. Ralf Leinemann, Kanzlei Leinemann & Partner, Berlin; RA Dr. Rainer Noch, Oppler Büchner Rechtsanwälte PartGmbH, München; Dipl.-Ing. Ulrich Welter, Berater, ö.b.v.S. für Ingenieurhonorare nach HOAI, inside, Büsum; Norbert Portz, Leiter des Vergabedezernats des Deutschen Städte- und Gemeindebundes a.D., Ehrenamtlicher Beisitzer der Vergabekammer des Bundes, Bonn/Berlin

**Redaktion**

RA Oliver Hattig  
Hattig und Dr. Leupolt Rechtsanwälte  
Ebertplatz 14–16, 50668 Köln  
Telefon: 0221 78955-01, Telefax: 0221 78955-06  
E-Mail: hattig@hattig-leupolt.de

**Redaktion Reguvis Fachmedien GmbH**

Lea Rasche  
Telefon: 0221 97668-423, Telefax: 0221 97668-271  
E-Mail: lea.rasche@reguvis.de

**Verantwortlich für den Inhalt**

Uwe Mähren, Köln

**Manuskripte**

Manuskripte sind unmittelbar an die Redaktion im Verlag zu senden. Für unverlangt eingesandte Manuskripte kann keine Haftung übernommen werden. Der Verlag behält sich das Recht zur redaktionellen Bearbeitung der angenommenen Manuskripte vor.

**Erscheinungsweise**

zweimonatlich, jeweils zum 10. der ungeraden Monate

**Bezugspreise/Bestellungen/Kündigungen**

Einzelheft 45,- € inkl. MwSt. und Versandkosten (Inland 1,40 € pro Ausgabe/Ausland 4,50 € pro Ausgabe). Der Jahresabpreis beträgt 244,20 € inkl. MwSt. und Versandkosten (Inland 1,40 € pro Ausgabe/Ausland 4,50 € pro Ausgabe) (für Mitglieder des Forum Vergabe e.V., VBI und Studenten beträgt der Jahresabpreis 201,80 € inkl. MwSt. und Versandkosten [Inland 1,40 € pro Ausgabe/Ausland 4,50 € pro Ausgabe]). Bestellungen über jede Buchhandlung oder beim Verlag. Der Bezugszeitraum beträgt jeweils 12 Monate. Kündigungen müssen schriftlich erfolgen und spätestens am 15. des Vormonats, in dem das Abonnement endet, beim Verlag eingegangen sein.

**Verlag: Reguvis Fachmedien GmbH**

Postfach 10 29 52, 50469 Köln  
Geschäftsführung: Jörg Mertens

**Abo-Service**

Telefon: 0221 97668-240, Telefax: 0221 97668-271  
E-Mail: vergabe@reguvis.de

**Urheber- und Verlagsrechte**

Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Jegliche Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Mit der Annahme des Manuskriptes zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Vervielfältigungsrecht bis zum Ablauf des Urheberrechts. Das Nutzungsrecht umfasst auch die Befugnis zur Einspeicherung in eine Datenbank sowie das Recht zur weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken, insbesondere im Wege elektronischer Verfahren einschließlich CD-ROM und Online-Dienste.

**Cover-Copyright:** © IvnI/AdobeStock

**Haftungsausschluss**

Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge wurden nach bestem Wissen und Gewissen geprüft. Eine Gewähr für die Richtigkeit und Vollständigkeit kann jedoch nicht übernommen werden. Eine Haftung für etwaige mittelbare oder unmittelbare Folgeschäden oder Ansprüche Dritter ist ebenfalls ausgeschlossen. Namentlich gekennzeichnete Beiträge geben nicht notwendig die Meinung der Redaktion wieder.

**Anzeigenleitung**

André Fischer, andre.fischer@reguvis.de  
Reguvis Fachmedien GmbH  
Amsterdamer Str. 192, 50735 Köln  
Telefon: 0221 97668-343, Telefax: 0221 97668-288

**Anzeigenpreise**

Es gilt die Anzeigenpreisliste Nr. 17 vom 01.01.2022

**Herstellung**

Günter Fabritius, Telefon: 0221 97668-182

**Satz**

TGK Wienpahl, Köln

**Druck**

Appel & Klinger Druck und Medien GmbH

ISSN:1861-6658