

# 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*

## Risiko Reaktionszeit

Wie darf die Geschwindigkeit der Störungsbeseitigung bewertet werden? 23

■ *Rechtsanwältin Nina Kiesewetter*

## Wann ist ein Angebot annahmefähig?

Neue Serie „Evergreens“ – Teil 1:  
Die Prüfung der Angebotspreise 5

■ *Rechtsanwältin Anne Müller*

## Fehlerkorrektur auch noch nach Submission

VK Bund: Zurückversetzung muss auf sachlichem Grund beruhen 17

# 123

**Reguvis**

Kooperationspartner des  
Bundesanzeiger Verlages

 **NACHRICHTEN • AKTUELLES** ..... 3

 **GRUNDSÄTZE DER BESCHAFFUNG UND VERGABE**

*Rechtsanwältin Nina Kiesewetter*  
**Wann ist ein Angebot annahmefähig?**  
 Neue Serie „Evergreens“ – Teil 1:  
 Die Prüfung der Angebotspreise ..... 5

*Stadtoberrechtsrat Jörg Els*  
**(Kein) Aktueller Stand zur Reform der VOB/B**  
 Leistungsänderungen und die Konsequenzen  
 für die Praxis ..... 9

*Dipl.-Ing. Ulrich Welter*  
**Der tägliche Schmerz bei der Planung**  
 Streit um Varianten und Alternativen sowie die  
 übliche Bauzeitverlängerung ..... 11

 **RECHTSPRECHUNG**

*Rechtsanwalt Lucas Orf*  
**Ohne jede Alternative?** ..... 13

*Rechtsanwalt Tobias Köhler*  
**Keine Unterschrift – Kein Problem!** ..... 15

*Rechtsanwältin Anne Müller*  
**Fehlerkorrektur auch noch nach Submission** ..... 17

*Rechtsanwalt Moritz Schmidt*  
**Rechtswidrig, aber wirksam** ..... 18

*Rechtsanwalt Simon Gesing*  
**(K)ein Verstoß gegen die Vertraulichkeit** ..... 21

 **DER TYPISCHE FALL**

*Rechtsanwalt Dr. Rainer Noch*  
**Risiko Reaktionszeit.** ..... 23

 **DER VERGABE-CHECK**

*Rechtsanwalt Dr. Rainer Noch*  
**Geheimes muss geheim bleiben** ..... 25

 **MEDIENNAVIGATOR** ..... 28

 **TERMINE** ..... 29

IMPRESSUM

**Vergabe Navigator**

Öffentliche Aufträge rechtssicher vergeben – Fachinformationen für die Vergabestelle – herausgegeben in Verbindung mit RA Norbert Dippel, Abteilungsleiter Vergabe bei der HL 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 Jahresabopreis 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 Jahresabopreis 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: Dr. Sascha Theißen

**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:** © VectorMine

**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

# Der tägliche Schmerz bei der Planung

## Streit um Varianten und Alternativen sowie die übliche Bauzeitverlängerung



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

**Planungsleistungen werden nach wie vor nach der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) beschrieben, vergeben und vergütet. Es könnte daher**

**heißen: Die HOAI ist tot, es lebe die HOAI! Dabei kommt es gehäuft zu Streitigkeiten hinsichtlich der Vergütung von Varianten bzw. Alternativen sowie bei heute üblichen Bauzeitverlängerungen. Das muss nicht sein. Eine Aufklärung.**

Bauherren und Auftraggeber, die wissen, was sie wollen, erteilen einen Planungsauftrag und bekommen, was sie bestellt haben. Weiß der Bauherr/Auftraggeber nicht, was er will, und schließt dennoch einen Vertrag, bekommt er ggf. mehrere Planungen und der Planer beansprucht Honorar wegen geplanter Alternativen. Der Auftraggeber seinerseits lehnt dieses Honorar ab mit der Begründung, dass der Planer mehrere Varianten schulde.

Zu den Konsequenzen bei fehlender Bedarfsplanung siehe den Beitrag „Fatale Unklarheiten zu Planungsbeginn“, VergabeNavigator 4/22, S. 17 ff.

### Variante oder Alternative?

Zunächst gilt, dass die Vorschriften der HOAI sich sämtlich auf nur ein Objekt beziehen. Einzige Ausnahme hiervon ist der § 11 – Auftrag für mehrere Objekte.

Der Bezug auf nur ein Objekt ergibt sich aus § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 HOAI, dass nämlich die „anrechenbaren Kosten des Objekts“ für die Honorarberechnung heranzuziehen sind, sowie aus § 11 Abs. 1 Satz 1 HOAI, dass nämlich Objekte grundsätzlich, sofern die Voraussetzungen der Absätze 2 bis 4 nicht erfüllt sind, getrennt abzurechnen sind.

Aus diesem eindeutigen Bezug des Honorars auf stets nur ein und dasselbe Objekt ergibt sich, dass es sich bei der Prüfung, ob eine Variante oder eine Alternative vorliegt, immer um dasselbe Objekt handeln muss. So lautete die Vorschrift bezüglich mehrerer Vor- oder Ent-

wurfsplanungen in der HOAI 1996/2002 auch:

### § 20 HOAI 1996/2002 – Mehrere Vor- oder Entwurfsplanungen

*Werden für dasselbe Gebäude auf Veranlassung des Auftraggebers mehrere Vor- oder Entwurfsplanungen nach grundsätzlich verschiedenen Anforderungen gefertigt, so können für die umfassendste Vor- oder Entwurfsplanung die vollen Vomhundertsätze dieser Leistungsphasen nach § 15, außerdem für jede andere Vor- oder Entwurfsplanung die Hälfte dieser Vomhundertsätze berechnet werden. Satz 1 gilt entsprechend für Freianlagen und raumbildende Ausbauten.*

Gemäß § 52 Abs. 8 HOAI 1996/2002 galt die vorgenannte Vorschrift auch für Objekte im Leistungsbild Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen.

Daraus folgt, dass, wenn es sich schon nicht mehr um dasselbe Objekt handelte, stets eine zusätzliche Planung vorliegt, die auch zusätzlich zu vergüten ist. So stellt eine Brücke grundsätzlich weder ein Variante noch eine Alternative zu einem Tunnel dar. Es handelt sich vielmehr schlicht um ein ganz anderes Objekt.

Eine Variante muss sich immer auf dasselbe Objekt beziehen, weil andernfalls diesbezügliche Planungsleistungen von den Grundleistungen für ein Objekt gar nicht erfasst sein können, weil sich die Grundleistungen, wie oben ausgeführt, immer nur auf ein Objekt beziehen.

Zu der Planung von Varianten heißt es in den einzelnen Leistungsbildern der HOAI:

Gebäude, Anlage 10, Leistungsphase (Lph.) 2 lit. c)

*Erarbeiten der Vorplanung, Untersuchen, Darstellen und Bewerten von Varianten nach gleichen Anforderungen, Zeichnungen im Maßstab nach Art und Größe des Objekts*

Freianlagen, Anlage 11 Lph. 2 lit. d)

*Erarbeiten eines Planungskonzepts einschließlich Untersuchen und Bewerten von Varianten nach gleichen Anforderungen unter Berücksichtigung zum Beispiel*

Ingenieurbauwerke, Anlage 12, Lph. 2 lit. e)

*Erarbeiten eines Planungskonzepts einschließlich Untersuchung der alternativen Lösungsmöglichkeiten nach gleichen Anforderungen mit zeichnerischer Darstellung und Bewertung unter Einarbeitung der Beiträge anderer an der Planung fachlich Beteiligter*

Verkehrsanlagen, Anlage 13, Lph. 2 lit. c)

*Erarbeiten eines Planungskonzepts einschließlich Untersuchung von bis zu 3 Varianten nach gleichen Anforderungen mit zeichnerischer Darstellung und Bewertung unter Einarbeitung der Beiträge anderer an der Planung fachlich Beteiligter*

Auch wenn in den Texten von Varianten, von bis zu drei Varianten oder von alternativen Lösungsmöglichkeiten die Rede ist, so muss es sich stets um die gleichen Anforderungen an diese Lösungen handeln. Schon daraus ergibt sich, dass Lösungen nach nicht gleichen Anforderungen dann keine solchen Lösungen (Varianten) mehr sein können.

Lösungen nach nicht gleichen, also nach unterschiedlichen Anforderungen sind deshalb vom Honorar der Leistungsphase 2 nicht umfasst. Es handelt sich um „Alternativen“, also zusätzliche Planungen, die vollständig zusätzlich zu vergüten sind.

Hinzu kommt, dass in allen Leistungsbildern der HOAI im Rahmen der Vorplanung (Lph. 2) lediglich eine Kostenschätzung und nicht etwa mehrere Kostenschätzungen enthalten ist/sind. Der Verordnungsgeber war also davon ausgegangen, dass es Varianten bei der Kostenschätzung nicht gibt.

Dies führt dazu, dass, sollten sich Lösungen bereits bei den Kosten unterscheiden, es sich nicht mehr um Varianten handeln kann, sondern es sich um Alternativen handeln muss. Sicher wird man hier einen Toleranzrahmen zu berück-

sichtigen haben, der aber wohl 2 % nicht übersteigen kann.

Zu berücksichtigen ist auch, dass es Lösungen nach unterschiedlichen Anforderungen (Alternativen) geben kann, deren Kosten rein zufällig gleich hoch sind.

Zusammenfassend lässt sich feststellen:

- Varianten sind Lösungen für dasselbe Objekt nach gleichen Anforderungen. Sie sind im Honorar für die Leistungsphase 2 enthalten.
- Varianten kosten immer gleich viel. Kostenschätzungsvarianten gibt es nicht. Unterscheiden sich Lösungen bereits bei den Kosten ( $\pm 2\%$ ), sind es keine Varianten mehr.
- Alternativen sind Lösungen nach unterschiedlichen Anforderungen, zum Beispiel: Freigefälleleitung oder Druckleitung, Straße mit Parkstreifen/Radweg oder Straße ohne Parkstreifen/Radweg, Heizung mit Kesselanlage oder Heizung mit BHKW.
- Varianten und Alternativen müssen immer dasselbe Objekt betreffen. Ist dies nicht der Fall, handelt es sich um ein neues Objekt, das nach den Bestimmungen dafür zu honorieren ist.
- Lösungen, die nicht mehr dasselbe Objekt betreffen, sind weder Varianten noch Alternativen, zum Beispiel Brücke oder Tunnel, Wohnhaus oder Bürogebäude.

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts (OLG) Oldenburg, Beschluss vom 26.10.2021 (12 U 120/18) schafft hier leider keine Klarheit. Die Leitsätze lauten u.a.:

*„Im laufenden Planungsprozess hat der Architekt durchaus Alternativleistungen zu erbringen, ohne dass hierfür ein gesondertes Honorar verlangt werden kann. So schuldet der Architekt in der Leistungsphase 2 das Erarbeiten eines Planungskonzepts einschließlich der Untersuchung von alternativen Lösungsmöglichkeiten als Grundleistung.*

*Zusätzlich zu vergüten sind Planungsanpassungen erst, wenn es sich nicht mehr um alternative Lösungsmöglichkeiten nach gleichen Anforderungen handelt, sondern um wesentliche Änderungen.“*

Das Gericht hat im entschiedenen Fall begründet, dass ein Wiederholungshonorar (gemeint ist ein Honorar für eine Alternative) erst bei einer zuvor abgeschlossenen Leistungsphase und einer danach gewünschten Änderung anfallen kann. Das aber entspricht nicht dem Verordnungstext und lässt die Frage nach den „gleichen Anforderungen“ außer Betracht.

## Bauzeitverlängerung

Nicht nur, aber auch wegen fehlender Baukapazitäten sowie krisenbedingter Störung der Lieferketten sind Bauzeitüberschreitungen an der Tagesordnung. Davon betroffen sind keineswegs nur die Bauverträge zwischen Baufirma und Bauherr, sondern auch die Ingenieur- und Architektenverträge bzgl. beauftragter Überwachungsleistungen.

War es früher üblich, die Leistungsphase 8 – Objektüberwachung bzw. Bauoberleitung sowie die Örtliche Bauüberwachung (in den Leistungsbildern Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen) ohne weitere Zusatzvereinbarungen zu beauftragen, führt dies seit geraumer Zeit zu Ärger und Streit.

Ändert sich die Bauzeit, so ändert sich auch die Überwachungszeit. Daraus folgt zwar nicht, dass sich die Menge der Überwachungsleistung ändert, das Bauvolumen bleibt ja gleich groß, aber der mit der Überwachung beauftragte Ingenieur/Architekt muss nun seine Leistungen über einen längeren Zeitraum verteilt erbringen.

Regelmäßig sind damit zumindest etwa diese Folgen verbunden

- mehr Baustellengespräche mit den Beteiligten (jour fixe),
- mehr Baustellenbesuche zur Baustellenüberwachung,
- mehr Prüfung von Unternehmer-Zwischenrechnungen,
- ineffizienter Arbeitseinsatz der Mitarbeiter/-innen.

Hierfür ein Mehrhonorar zu beanspruchen, ist nicht leicht. Der Planer muss nämlich neben den kausalen Zusammenhängen insbesondere seinen Mehraufwand – den er ohne die eingetretene Bauzeitverlängerung nicht gehabt hätte – detailliert nachweisen. Das wird kaum gelingen und scheitert zumeist schon daran, dass er nicht nachweisen kann, dass er lediglich mit einer bestimmten Bauzeit beauftragt war. Die Honorare der HOAI sind nämlich vollständig zeitunabhängig.

Eine Erleichterung hierfür bringen die beiden Urteile des OLG Dresden vom 6.9.2018 (10 U 101/18) und des OLG Köln vom 15.1.2021 (19 U 15/20).

In den beiden entschiedenen Fällen lagen Vereinbarungen über die Bauzeit (Überwachungszeit) vor. Aus der Tatsache, dass sich dieser vereinbarte Zeitraum aus Gründen, die der Auftragnehmer nicht zu vertreten hatte, verlängerte, leiteten beide Gerichte eine Störung der Geschäftsgrundlage im Sinne des § 313 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) ab, die zu

dem Anspruch auf Mehrhonorar führte. Ob ein Anspruch aus Behinderung (§ 642 BGB) bestand, haben die Gerichte nicht geprüft.

Nach dem Urteil des OLG Dresden ermittelt sich das zusätzliche Honorar nach einfachem Dreisatz (altes Honorar/alte Bauzeit \* neue Bauzeit). Das OLG Köln hatte die Ermittlung des Planers anhand des tatsächlichen Person-Ist-Einsatzes anerkannt.

Auch wenn die beiden Fälle für die Praxis Erleichterung versprechen, so sollten die Planer besser konkrete Vereinbarungen treffen, nämlich:

- Wie lange dauert der vereinbarte Zeitraum der Überwachungsleistung?
- Mit welchem Ereignis beginnt dieser Zeitraum (zum Beispiel Bauanlaufbesprechung) und mit welchem Ereignis endet dieser Zeitraum (z.B. VOB-Abnahme plus 1 Monat für das Prüfen der Schlussrechnung)?
- Welche verlängerte Bauzeit soll mit dem Honorar abgegolten sein (zum Beispiel 3 Monate, je nach Gesamtbauzeit)?
- Wie wird die Überwachungsleistung während der verlängerten Bauzeit zusätzlich vergütet (zum Beispiel Mann-Monatssätze, Mann-Wochensätze, Stundennachweis, o.Ä.)?

Nur wenn solche konkreten Vereinbarungen vorliegen, kann der Planer davon ausgehen, dass er für die Bauzeitverlängerung auch tatsächlich ein Mehrhonorar erhält.

Zu beachten ist bei Objekten in den Leistungsbildern Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen, dass nicht nur das Honorar für die Örtliche Bauüberwachung, sondern auch das Honorar für die Bauoberleitung (Leistungsphase 8) angehoben wird. Dabei ist zu bedenken, dass etliche Grundleistungen der Leistungsphase 8 erst nach Beendigung der Bauzeit erbracht werden können und deshalb von der Bauzeitverlängerung gar nicht betroffen sind.

## Zu guter Letzt und aus aktuellem Anlass

Nach dem Wortlaut des § 15 Abs. 1 HOAI war die Vergütung der Planungsleistung fällig, wenn die Leistungen abgenommen waren. Nun verweist § 15 in der HOAI 2021 auf die Bestimmungen des § 650g Abs. 4 BGB. Auch danach ist die Abnahme die Anspruchsvoraussetzung für die Fälligkeit des Honorars. Das OLG Jena hat mit Urteil vom 2.8.2021 (4 U 217/16) ebenso wie bereits zuvor andere Gerichte entschieden, dass die Abnahme auch durch vorbehaltlose Zahlung einer Schlussrechnung erfolgt.