

- Bzw. liegen technische Gründe vor, die dazu führen, dass eine Teillosvergabe nicht zu denselben Ergebnissen führen würde wie eine Gesamtvergabe?
  - Handelt es sich um technische Gründe, die über den typischen Mehraufwand bei einer Losvergabe hinausgehen?
  - Besteht das Erfordernis einer einheitlichen Mängelhaftung aufgrund eines Ausnahmefalls?
  - Besteht eine effektive Unmöglichkeit der Abgrenzung von Verantwortungsbereichen in Bezug auf Mängelhaftung?
  - Besteht eine technische Komplexität oder ein besonderer technischer Zusammenhang zwischen den Gewerken?
  - Bestehen besondere Anforderungen hinsichtlich des Baufeldes, einer komplexen Logistik oder einer Arbeit bei laufendem Betrieb, die Abwägungsgründe für eine Gesamtvergabe bieten?
6. Konkretisierung/Dokumentation
- Sind die Gründe ausreichend konkret und nicht nur abstrakt, nachvollziehbar dokumentiert?
  - Hat eine umfassende Abwägung der widerstreitenden Belange bezogen auf das konkrete Beschaffungsvorhaben stattgefunden?
  - Führt die Abwägung zu dem Ergebnis, dass die für eine Gesamtvergabe sprechenden technischen und wirtschaftlichen Gründe diejenigen für eine Fachlosvergabe überwiegen?

### Fazit

Die Gesamtvergabe mehrerer oder aller Lose ist der gesetzliche Ausnahmefall. Dieser ist eng zu verstehen und greift nur dann, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe eine Gesamtvergabe „erfordern“, wenn also die für die Gesamtvergabe streitenden Gründe nach einer umfassenden Abwägung der relevanten Belange im Einzelfall überwiegen. An die Dokumentation der Gründe sowie der Abwägung und deren Ergebnisse werden hohe Anforderungen gestellt: Keinesfalls reichen pauschale Leerformeln wie „Losvergabe ist nicht zweckmäßig“ o.ä. Die mit einer unzureichend begründeten und/oder dokumentierten Gesamtvergabe verbundenen Rechtsrisiken sind beträchtlich, sodass Auftraggeber gut beraten sind, die Abwägung der Einzelbelange und deren sorgfältige Dokumentation ernst zu nehmen.

# Bedenken sind erste Planer-Pflicht

## Melden Planer keine Bedenken an, kann das unerwartete Folgen haben



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

**Bedenken anzumelden ist mittlerweile eine Pflicht auch für Planer. Tun sie das nicht, kann ihre Leistung mangelhaft sein, mit der Folge, dass bereits erbrachte Planungsleistungen ohne zusätzliches Honorar wiederholt erbracht werden müssen. Das kann man vermeiden.**

Mit fortschreitender Vergewerblichung der ehemals freiberuflichen Planungsleistungen, verbunden mit den Verfahren zur Vergabe dieser Leistungen und der damit geförderten Konkurrenz, ergibt sich ein Preisdruck, den die Planer nach erhaltenem Auftrag nur auf der Leistungsseite ausgleichen können. Nachtragsmanagement und effizienter Personaleinsatz sind die Folgen. Dabei gehen oft so wichtige werkvertragliche Nebenleistungen wie die Hinweis- und Beratungspflicht und die Prüfungs- und Bedenkenhinweispflicht unter.

Die meisten Ingenieur- und Architektenverträge werden immer noch, jedenfalls was die Leistungen anbelangt, an den Leistungsbildern der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) ausgerichtet:

„(...) beauftragen wir Sie mit den Leistungen der Leistungsphasen 1 bis x gem. HOAI.“

Schaut man genau hin, findet man in allen Leistungsbildern eine sehr wichtige Grundleistung bereits in der Leistungsphase 1, nämlich:

#### Gebäude

Anlage 10.1 zur HOAI, Lph. 1 lit. c)

*Beraten zum gesamten Leistungs- und Untersuchungsbedarf*

#### Freianlagen

Anlage 11.1 zur HOAI, Lph. 1 lit. c)

*Beraten zum gesamten Leistungs- und Untersuchungsbedarf*

#### Ingenieurbauwerke

Anlage 12.1 zur HOAI, Lph. 1 lit. b)

*Ermitteln der Planungsrandbedingungen sowie Beraten zum gesamten Leistungsbedarf*

#### Verkehrsanlagen

Anlage 13.1 zur HOAI, Lph. 1 lit. b)

*Ermitteln der Planungsrandbedingungen sowie Beraten zum gesamten Leistungsbedarf*

#### Tragwerksplanung

Anlage 14.1 zur HOAI, Lph. 2 lit. b)

*Beraten in statisch-konstruktiver Hinsicht unter Berücksichtigung der Belange der Standsicherheit, der Gebrauchsfähigkeit und der Wirtschaftlichkeit*

#### Technische Ausrüstung

Anlage 15.1 zur HOAI, Lph. 1 lit. b)

*Ermitteln der Planungsrandbedingungen und Beraten zum Leistungsbedarf und gegebenenfalls zur technischen Erschließung*

Die Beratung des Auftraggebers ist eine Grundleistung. Aus dem Wortlaut der Grundleistungen ergibt sich, dass der Planer den Auftraggeber insbesondere dazu beraten muss, was dieser ggf. noch benötigt bzw. benötigen wird. Das können fehlende Vermessungsleistungen, Lärmschutzgutachter, weitere Planungen wie Tragwerksplanungen oder Leistungen für Technische Ausrüstung, Gutachten, Bestandserkundungen u.v.m. sein.

Ist der Planer mit der Leistungsphase nicht beauftragt, so muss er diese Beratungsleistungen in der Leistungsphase 2 erbringen und die Planungswünsche des Bauherrn ermitteln (OLG Düsseldorf, Urteil v. 1.7.2016 – 22 U 11/16). Er kann sich also nicht damit herausreden, dass

derjenige, der die Leistungsphase 1 tatsächlich erbracht hat, dies hätte tun müssen.

Probleme treten oft dann hervor, wenn die vorgenannten Hinweise nicht gegeben werden. Dann zeigt sich, dass wegen fehlender Hinweise die Planungsleistung mangelhaft ist und der Planer den Mangel beseitigen muss.

Hier kommt dann die Bedenkenhinweispflicht hinzu. Stimmen etwa die Höhenangaben in der Planung nicht, kann der Planer nicht darauf verweisen, den Auftraggeber auf die Notwendigkeit einer Vermessung hingewiesen zu haben. Er muss vielmehr, wenn der Auftraggeber diese Vermessungsleistungen nicht durchführen lässt, Bedenken hiergegen anmelden.

### Auch Planer müssen Bedenken anmelden

Wie das Oberlandesgericht (OLG) Köln im Urteil vom 14.5.2013 (15 U 214/111) bekräftigt hat, findet die in § 4 Abs. 3 VOB/B ausdrücklich geregelte Verpflichtung des Auftragnehmers, gegen die vorgesehene Art der Ausführung bestehende Bedenken dem Auftraggeber unverzüglich schriftlich mitzuteilen, nicht nur im VOB-Vertrag, sondern im gesamten Werkvertragsrecht und somit auch im Recht der Architekten und Ingenieure Anwendung.

Demnach besteht die Prüfungs- und Bedenkenhinweispflicht des Auftragnehmers zudem auch dann, wenn es sich beim Auftraggeber um ein Fachunternehmen handelt. Diese Pflicht sollte von den Ingenieuren und Architekten sehr ernst genommen werden. Sie müssen lernen, Bedenken zu formulieren und tatsächlich schriftlich anzumelden.

Und Auftraggeber müssen davon ausgehen, dass sie verstärkt mit Bedenkenanmeldungen der Planer zu tun haben werden. Sie müssen dann als Bauherr Entscheidungen treffen und sich darüber im Klaren sein, dass es um Haftung und damit um Geld geht. Ein einfaches „... weisen wir Ihre Bedenken zurück ...“ ist da nicht ausreichend. Der folgende Fall macht deutlich, worum es geht.

### Architektenpflicht zum Hinweis auf Erforderlichkeit eines Baugrundgutachtens

Das OLG Naumburg hat im Urteil vom 29.1.2014 (12 U 149/13) entschieden, dass der mit den Leistungsphasen 1 bis 4 beauftragte Architekt den Auftraggeber jedenfalls bei naheliegenden Bedenken

bezüglich der Beschaffenheit des Baugrundes – hier: Teich in der näheren Umgebung – auf die Erforderlichkeit eines Baugrundgutachtens hinzuweisen hat.

Unterlässt er diesen Hinweis und erweist sich die Umsetzung seiner Planung wegen der Baugrundverhältnisse später als unwirtschaftlich, so ist er gegenüber dem Auftraggeber insoweit zum Schadensersatz verpflichtet, als sich sein Honorar auf die Leistungsphasen 2 ff. bezieht.

In dem konkreten Fall hatte es der Architekt versäumt, den Auftraggeber auf die mögliche Gefahr hinzuweisen, und er hatte keine Bedenken angemeldet, dass er ohne Baugrundgutachten nicht für die Richtigkeit seiner Planung einstehen kann. Er musste deshalb später, nachdem ein Baugrundgutachten vorlag, die Leistungsphasen 1 und 2 ohne Honorar neu erstellen. Hätte er Bedenken angemeldet und der Auftraggeber hätte sich darüber hinweggesetzt, würde der Architekt ggf. gar nicht haften.

Weist der planende Ingenieur den Auftraggeber dagegen schriftlich darauf hin, dass die im Vertrag vereinbarten Setzungsdifferenzen mit dem beauftragten Verdichtungssystem nicht realisierbar sind, und verbindet er mit den angezeigten Bedenken Vorschläge für zusätzlich notwendige Maßnahmen, trifft den Auftraggeber nach Ansicht des OLG Rostock ein 50%iges Mitverschulden, wenn er das Bauvorhaben unverändert fortführen lässt und es zu Schäden wegen Setzungen kommt (OLG Rostock, Urteil v. 10.4.2018 – 4 U 110/10).

In dem besonderen Fall, dass ein Architekt oder ein Bauherr von einem Tragwerksplaner aus ästhetischen Gründen besonders schlanke Stützen fordert und der Tragwerksplaner darauf hinweist, dass dies aus statischen Gründen gar nicht möglich ist, kann er nachvollziehbar die Arbeiten einstellen, wenn sich Architekt und/oder Bauherr (je nachdem, wer Auftraggeber des Fachplaners ist) über dessen Bedenken hinwegsetzt.

Dem Auftragnehmer kann im Einzelfall nach Treu und Glauben (§ 242 des Bürgerlichen Gesetzbuches, BGB) ein Leistungsverweigerungsrecht zustehen, wenn er dem Auftraggeber nicht nur ordnungsgemäß seine Bedenken mitgeteilt hat, sondern wenn die Prüfung dieser Bedenken mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit das Ergebnis hat, dass die vom Auftraggeber vorgesehene Art der Ausführung zum Eintritt eines erheblichen Leistungsmangels oder eines sonstigen nicht nur geringfügigen Schadens führen wird. Dies hat das OLG Düssel-

dorf mit Urteil vom 2.3.2018 (22 U 71/17) entschieden.

Das alles führt dazu, dass Planer

- a) die ihnen obliegenden Hinweis- und Beratungspflichten sowie die Prüfungs- und Bedenkenhinweispflichten tunlichst erfüllen und den Auftraggeber auf mögliche Gefahren bzw. Ungereimtheiten hinweisen,
- b) schriftlich und unverzüglich ihre Bedenken dem Auftraggeber mitteilen.

Die Bedenkenanmeldung ist nicht so einfach, wie es zunächst aussieht. Vielmehr schützt nur die „richtige“ Bedenkenanmeldung vor Mängelansprüchen, wie ein vom OLG Brandenburg entschiedener Fall zeigt.

Im Urteil vom 20.5.2020 (11 U 74/181) betont das Gericht, dass an einen Bedenkenhinweis hohe Anforderungen zu stellen sind. Er hat demnach zur rechten Zeit, in der gebotenen Form, mit der notwendigen Klarheit und gegenüber dem richtigen Adressaten zu erfolgen. Erklärungen pauschalen Inhalts sind nach Auffassung des Gerichts – jedenfalls wenn ein Fachunternehmen beauftragt wurde – unzulänglich.

Will der Auftraggeber zum Beispiel, dass der Ingenieur/Architekt ohne Baugrundgutachten planen soll, dann sollte dieser Bedenken anmelden, und zwar spätestens bei Beginn der Leistungsphase 2:

*„(...) melden wir gegen die von Ihnen vorgesehene Art der Planung, nämlich die Vor- und die Entwurfsplanung ohne vorliegendes aussagekräftiges Baugrundgutachten erstellen zu lassen, Bedenken an. Wichtige Informationen über Baugrund und Untergrund liegen ohne ein solches Gutachten nicht vor. Wir weisen ausdrücklich darauf hin, dass dies dazu führen kann, dass unsere gesamte Planung unbrauchbar wird. Wir fordern Sie auf, den Bedenken durch Vorlage eines vollständigen und aussagekräftigen Gutachtens bis zum (...) ab-zuhelfen.“*

Wird die gesetzte Frist überschritten, ist es denkbar, dass der Planer bei der weiteren Leistungserbringung behindert ist und dies anzeigen kann/sollte.

Das alles zeigt, wie kompliziert der Planungsvorgang mittlerweile geworden ist. Dabei liegt der Focus nicht mehr auf dem Bauwerk selbst, sondern auf dem Vertragshandling. Geht etwas schief, wird, wie immer, ein Schuldiger gesucht. Und da wird mittlerweile allzu oft der Planer identifiziert, weil er vergessen hat, rechtzeitig bestehende Bedenken schriftlich mitzuteilen. Dabei ist es besonders wichtig, dass Bedenken immer gegenüber

dem Auftraggeber angezeigt werden müssen (OLG Düsseldorf, Urteil v. 5.2.2013 – 23 U 185/11; OLG Rostock, Urteil v. 30.1.2018 – 4 U 147/14 u.a.).

Auf die Schriftform ist besonders hinzuweisen. Es dürfte nicht ausreichend sein, zum Beispiel im Rahmen von Projekt- oder Baubesprechungen Bedenken vorzutragen. Ob die Aufnahme in einem Besprechungsprotokoll ausreichend ist, ist eine reine Rechtsfrage. Den Parteien ist zu raten, eine gesonderte schriftliche Bedenkenanzeige zu bevorzugen.

Allerdings kann im Einzelfall auch ein mündlicher Bedenkenhinweis ausreichen:

*„Seiner Bedenkenhinweispflicht kommt der Auftragnehmer nur nach, wenn er die nachteiligen Folgen und die sich daraus ergebenden Gefahren der unzureichenden Vorgaben konkret darlegt, damit dem Auftraggeber die Tragweite der Nichtbefolgung hinreichend verdeutlicht wird. Der Bedenkenhinweis hat zwar nach § 4 Abs. 3 VOB/B schriftlich zu erfolgen. Das bedeutet aber nicht, dass ein münd-*

*licher Hinweis unerheblich ist. Vielmehr reicht ein mündlicher Hinweis aus, wenn dieser eindeutig, inhaltlich klar, vollständig und erschöpfend ist.“*

Darauf weist das OLG Brandenburg in seinem Urteil vom 29.7.2021 (12 U 230/20) hin. Doch: Wer will schon im Vorhinein sagen, was eindeutig, inhaltlich klar, vollständig und erschöpfend ist? Da ist es nach aller Lebenserfahrung deutlich besser und sicherer, die Bedenken schriftlich mitzuteilen.

Wie weit das geht, zeigt der Fall, bei dem ein Architekt den Auftraggeber nicht auf die Nicht-Genehmigungsfähigkeit der beauftragten Planung hinweist. Dadurch sich ergebende nutzlose Aufwendungen (etwa das Planungshonorar) muss der Architekt als Schaden ersetzen.

Nimmt man zu diesem Umstand nun das eingangs erwähnte Urteil des OLG Köln vom 14.5.2013 (15 U 214/11) gedanklich hinzu, wonach die Prüfungs- und Bedenkenhinweispflicht des Auftragnehmers auch dann besteht, wenn es sich beim Auftraggeber um ein Fachunternehmen handelt, wird deutlich, wie hoch das Risiko auch für Planer von Infrastrukturan-

lagen ist, bei denen regelmäßig der öffentliche Auftraggeber als Fachunternehmen bezeichnet werden kann (Straßenbaubehörde, Wasserbehörde, Bauamt usw.).

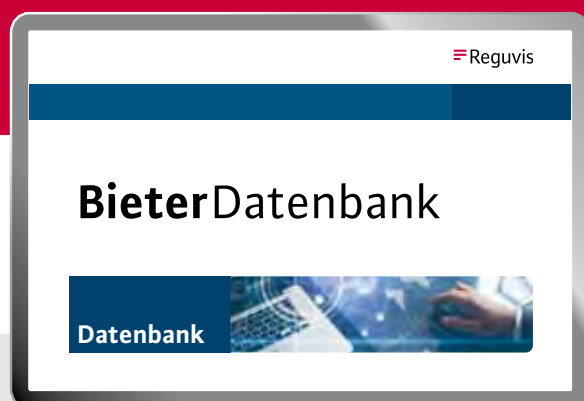
Erfolgt die Vergabe der Planungsleistungen, wie zumeist, im reinen Preiswettbewerb und zudem viel zu oft ohne vorliegende Bedarfsplanung, gehen die Planer ein hohes Risiko ein, weil sie bei Planungsbeginn gar nicht so recht wissen, was hinten herauskommen wird.

Umso wichtiger wird es, die Hinweis- und Beratungspflichten sowie die Prüfungs- und Bedenkenhinweispflichten durch ein geordnetes Vertragsmanagement zu erfüllen. Damit erbringen Sie zum einen die ihnen ohnehin obliegenden Pflichten und erreichen zum anderen eine Verringerung des Haftungsrisikos.

Die Auftraggeber ihrerseits müssen diese Hinweise und Bedenken ernst nehmen. Die von ihnen getroffenen Entscheidungen haben nämlich weitreichende Konsequenzen.

## Wissen und Recherche über Unternehmen mit öffentlichen Aufträgen!

Reguvis



### VORTEILE

- ✓ Sie haben Zugriff auf über 160.000 Unternehmensdaten
- ✓ Die Anzahl der Unternehmen wird kontinuierlich erweitert und aktualisiert
- ✓ Sie erhalten Unterstützung bei der Markterkundung und Gewinnung von Teilnehmern an öffentlichen Ausschreibungen
- ✓ Eine intelligente Suche führt Sie zielsicher durch die Leistungsangebote
- ✓ Sie können Brücken zu Unternehmen und weitere Vergabestellen bauen



Jetzt kostenfrei testen!

