

Vergabe Navigator

ÖFFENTLICHE AUFTRÄGE RECHTSSICHER VERGEBEN – FACHINFORMATIONEN FÜR DIE VERGABESTELLEN

HERAUSGEBER

Rechtsanwalt
Norbert Dippel

Ltd. städt. Rechtsdirektor a.D.
Martin Krämer

Rechtsanwalt
Prof. Dr. Ralf Leinemann

Rechtsanwalt
Dr. Rainer Noch

Beigeordneter a.D., DStGB
Norbert Portz

Leitender Rechtsdirektor
Dr. Kay-Uwe Rhein

Dipl.-Ing.
Ulrich Welter



■ *Dr. Rainer Noch*

Vertrauen ist gut ...

Wann endet das „Vertrauendürfen“? 24

■ *Rechtsanwalt Moritz Schmidt*

Zuschlag trotz Schlechtleistung

VK Bund: Auch fehlende
Selbstreinigung kein Ausschlussgrund 14

■ *Rechtsanwalt Paul Dorn*

Ehrlich währt am längsten

VK Nordbayern: Bei Falschangaben
kein Vertrauen auf bestätigte Eignung 19

125

≡ Reguvis

über Wochenenden und Feiertage legt, dass die Inanspruchnahme von effektivem Rechtsschutz der Bieter dadurch unzumutbar erschwert wird.

Denn nach nahezu einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Literatur verlängert sich die Wartefrist bei Ablauf an einem Sonn- und Feiertag nicht (vgl. nur VK Bund, Beschluss v. 28.6.21 – VK 2-77/21 sowie Gabriel/Krohn/Neun, VergabeR-HdB/Conrad, 4. Aufl. 2024, § 34 Rn. 59 mit weiteren Nachweisen).

Insbesondere über Ostern und Weihnachten ist es möglich, dass den Bietern weniger als vier bis fünf Arbeitstage für eine Rüge und einen anschließenden Antrag auf Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens verbleiben.

Finden sich im Vergabevermerk keinerlei nachvollziehbare Gründe für die Wahl des Fristverlaufs, wird vermutet, dass die Frist taktisch gewählt wurde, mit der Folge, dass die Frist nicht wirksam in Lauf gesetzt wird (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 5.10.2016 – VII-Verg 24/16, vgl. auch OLG München Beschluss v. 30.11.2015 – Verg 7/15; OLG Düsseldorf Beschluss v. 5.11.2014 – VII-Verg 20/14).

Der Zeitraum der Wartefrist kann im Übrigen auch dadurch unzulässig faktisch verkürzt werden, dass der Auftraggeber die einzigen Werktage im Jahr, an denen die Vergabekammer dienstfrei hat (24.12. und 31.12.) und an denen kein Nachprüfungsantrag gestellt werden kann, in die Wartefrist einbezieht (VK Südbayern, Beschluss v. 4.8.2022 – 3194.Z3-3_01-22-1; zu Recht kritisch diesbezüglich Gabriel/Krohn/Neun, VergabeR-HdB/Conrad, 4. Aufl. 2024, § 34 Rn. 59).

Selbstbindung durch Angabe der Wartefrist

§ 134 Abs. 1 GWB verlangt nur, dass über den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses informiert wird. Dies hindert den öffentlichen Auftraggeber nicht daran, die Wartefrist des § 134 Abs. 2 GWB bewusst zu verlängern.

Die Rechtsfolge ist aber, dass er an die verlängerte Frist zumindest dann gebunden ist, wenn er sie den Informationsadressaten mitgeteilt und damit einen Vertrauenstatbestand geschaffen hat (VK Lüneburg, Beschluss v. 8.5.2023 – VgK-8/2023).

Diesem Ergebnis lasse sich weder der Gleichbehandlungsgrundsatz noch der Umstand entgegenhalten, es handele sich bei der Wartefrist um eine gesetzliche

Frist (vgl. Beck VergabeR/Dreher/Hoffmann, GWB, § 134, Rn. 63, 75, m.w.N.). Die gegenlautende Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 5.10.2016 (Verg 24/16) zur Vorgängerregelung des § 134 GWB ist damit überholt und nicht übertragbar (Kühn, VergabeR 2017, 708).

Das OLG Düsseldorf hatte damals entschieden, dass die schriftliche Zusicherung eines öffentlichen Auftraggebers, den Zuschlag vorerst nicht zu erteilen, entgegen dieser Zusage doch erteilten Zuschlag nicht nach den damals gültigen §§ 101a, 101b GWB unwirksam macht.

Fazit

Der Umfang der Informationspflicht hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Es dürfen insgesamt keine übersteigerten Anforderungen an den Inhalt der Informationspflicht gestellt werden (Gnittke/Hattig in Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, § 134, Rn. 60 f.).

Ausreichend, aber auch notwendig ist die Kontrollfrage für öffentliche Auftraggeber: Sind die Angaben in der Vorabinformation ausführlich genug, um dem unterlegenen Bieter die Inanspruchnahme des effektiven Rechtsschutzes zu ermöglichen, oder nicht?

Das Honorar für Teilleistungen

Keine Honorarminderung für nicht erforderliche Grundleistungen



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

Häufig wird das Honorar gemindert, weil nicht alle Grundleistungen einer Leistungsphase erbracht seien. Das berechtige den Auftraggeber zu Kürzungen – und zwar auch dann, wenn einzelne Grundleistungen zum Erreichen des Erfolgs gar nicht erforderlich waren. Dass das so nicht möglich ist, hat nun auch das Oberlandesgericht (OLG) Schleswig entschieden. Eine Aufklärung.

Die nachfolgende Ausarbeitung erfolgt aus der fachlichen Sicht eines Honorarsachverständigen.

Der Ausgangspunkt

Mit Urteil vom 24.6.2004 (VII ZR 259/02) hat der Bundesgerichtshof (BGH) entschieden:

1. Erbringt der Architekt eine vertraglich geschuldete Leistung teilweise nicht, dann entfällt der Honoraranspruch des Architekten ganz oder teilweise nur dann, wenn der Tatbestand einer Regelung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts des BGB oder des werkvertraglichen Gewährleistungsrechts erfüllt ist, die den Verlust oder die Minderung der Honorarforderung als Rechtsfolge vorsieht.

2. Der vom Architekten geschuldete Gesamterfolg ist im Regelfall nicht darauf beschränkt, dass er die Aufgaben wahrnimmt, die für die mangelfreie Errichtung des Bauwerks erforderlich sind.
3. Umfang und Inhalt der geschuldeten Leistung des Architekten sind, soweit einzelne Leistungen des Architekten, die für den geschuldeten Erfolg erforderlich sind, nicht als selbstständige Teilerfolge vereinbart worden sind, durch Auslegung zu ermitteln.
4. Eine an den Leistungsphasen des § 15 HOAI orientierte vertragliche Vereinbarung begründet im Regelfall, dass der Architekt die vereinbarten Arbeitsschritte als Teilerfolg des geschuldeten Gesamterfolges schuldet.

In dem Urteil weist der BGH darauf hin, dass die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) als öffentliches Preisrecht kein Vertragsrecht regelt (Verweis auf BGH, Urteil v. 24.10.1996 – VII ZR 283/95, BGHZ 133, 399), sodass die HOAI keine rechtliche Grundlage dafür bietet, das Honorar des Architekten zu kürzen, wenn er eine vertraglich geschuldete Leistung nicht oder teilweise nicht erbracht habe.

Auf der Grundlage dieses Urteils wurde und wird häufig das Honorar gemindert, wenn eine einzelne Grundleistung einer beauftragten Leistungsphase nicht erbracht ist. Dabei wurde und wird nicht danach unterschieden, ob diese konkrete Grundleistung überhaupt erforderlich war und erbracht werden konnte, oder ob dies eben anders war.

Die Auffassung, das BGH-Urteil beinhalte, dass bei einem pauschalen Bezug auf § 15 der HOAI (alte Fassung 1996/2002, entspricht heute § 34, § 39, § 43 oder § 47) jede Teilleistung als Teilerfolg geschuldet sei, verkennt die Aussagen des Urteils.

Im Wege der Vertragsfreiheit können die Vertragsparteien die geschuldete Planungsleistung definieren (vgl. auch § 5 HOAI a.F., heute § 8 HOAI). Sie können daher einzelne Leistungen des Planers, die für den geschuldeten Erfolg erforderlich sind, als selbstständige Teilerfolge vereinbaren. Liegt keine Vereinbarung vor, folgt daraus nicht, dass alle Teilleistungen automatisch vereinbart wurden. Vielmehr ist dann der Umfang der geschuldeten Planertätigkeit durch Auslegung zu ermitteln.

Maßstab der Auslegung ist das Interesse des Bauherren. An einer zur Erreichung des geschuldeten Werkerfolges objektiv nicht notwendigen Teilleistung kann kein Bauherr ein Interesse haben. Daher ergibt die Auslegung, dass diese Teilleistung durch die Bezugnahme auf § 15 HOAI (a.F.) auch nicht als geschuldet vereinbart wurde. Denn auch der Planer hat kein Interesse daran, sich zur Erbringung einer Teilleistung zu verpflichten, die für ihn nur nutzlosen Aufwand bedeutet.

Für dieses Ergebnis spricht auch die weiterhin geltende Tatsache, dass in der HOAI die Gebührentatbestände, aufgliedert in Leistungsphasen, Grundleistungen und Besondere Leistungen sowie Teilleistungen innerhalb einer Leistungsphase, exemplarisch für eine unbestimm-

te Vielzahl von Bauwerken erfasst werden sollte. Den Verfassern der HOAI war bekannt und bewusst, dass nicht für jedes (Ingenieur-)Bauwerk alle Teilleistungen einer Leistungsphase „abgearbeitet“ werden müssen.

In diesem Sinne hat auch das OLG Karlsruhe entschieden (Urteil v. 21.9.2004 – 17 U 191/01). Wenn ein Architekt eine genehmigungsfähige Planung erbringt, sind demnach die Leistungsphasen 1–4 der HOAI ohne Kürzungen zu bezahlen. Das Gericht führt unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die BGH-Rechtsprechung u.a. aus:

„(...) Ein prozentualer Honorarabzug für nicht erbrachte Grundleistungen der HOAI ist mit den Grundsätzen zur Rechtsnatur des Architektenvertrags als Werkvertrag nicht vereinbar. (...)“

Nicht verkannt werden darf allerdings, dass übereifrige Gerichte durch Auslegungskünste doch dazu gelangen, eine bestimmte Teilleistung als vereinbarten Teilerfolg zu bewerten. Die pauschale Bezugnahme auf § 15, § 55 HOAI (a.F.) bleibt daher für die Planer ein Risiko.

Schon das OLG Celle hatte mit Urteil vom 7.2.2024 (14 U 12/23) entschieden, dass eine Rüge des Auftraggebers, es seien nicht alle in § 34 (HOAI 2021) aufgeführten Grundleistungen erbracht worden, nicht ausreicht, um das Honorar wirksam zu mindern.

Die Bezeichnung „im Allgemeinen erforderlich“ in § 3 Abs. 1 HOAI 2021 soll nämlich klarstellen, dass die in den Leistungsbildern aufgeführten Grundleistungen bei jedem Objekt erforderlich sind, um die Vertragsziele zu erreichen. Maßgeblich seien deshalb nicht die Leistungsbilder, sondern die vertraglichen Vereinbarungen der Parteien.

Nun hat das OLG Schleswig mit Urteil vom 17.7.2024 (2 U 149/20) genauso entschieden. Es begründet sein Urteil:

„Letztlich ist zu berücksichtigen, dass die Lph nach dem gesetzlichen Leitbild die kleinste Abrechnungseinheit ist. Da nicht alle Leistungen einer Lph für ein funktionstaugliches Werk immer erbracht werden müssen, kann die volle Vergütung für eine Lph auch dann geschuldet sein, wenn nicht alle Teilleistungen, die einer Lph zuzuordnen sind, erbracht werden, weil der Werkerfolg sich nicht an den Teilleistungen der Lph, sondern dem Werkerfolg der Erbringung der Lph orientiert. Eine Minderung des Honorars kann insofern nur vorgenommen werden, wenn ein selbständiger Arbeitserfolg nicht erbracht wird.“

Wenn also eine Teilleistung (einzelne Grundleistung) gar nicht als Teilerfolg vereinbart ist, kann das Honorar nicht gekürzt werden. Das entspricht der Feststellung des BGH im o.a. Urteil. Die betreffende Grundleistung kann wohl auch gar nicht als Teilerfolg vereinbart werden, weil der Teilerfolg gar nicht erreichbar ist.

Eine Kürzung wegen nicht erbrachter Teilleistungen (Grundleistungen) kommt auch nicht nach der Kündigung eines Architekten-/Ingenieurvertrags in Frage. Hierzu hatte das OLG Celle bereits mit Urteil vom 12.2.2014 (14 U 103/13) entschieden:

„Bei der Beurteilung, in welcher Höhe dem Architekten ein Vergütungsanspruch für bis zur Kündigung erbrachte Leistungen zusteht, muss berücksichtigt werden, dass nicht ausnahmslos alle Grundleistungen einer Leistungsphase vom Architekten geschuldet sind; es ist daher zunächst festzustellen, welche Teilleistungen in den einzelnen Leistungsphasen hätten erbracht werden müssen, um die vom Architekten bis zur Kündigung erbrachten Teilleistungen honorarmäßig bewerten zu können.“

Fazit

- Ob das Honorar wegen nicht erbrachter Grundleistungen wirksam gekürzt werden kann, ergibt sich nicht aus der HOAI, sondern aus dem vertraglich vereinbarten Erfolg.
- Sind einzelne Grundleistungen für das Erreichen des vereinbarten Erfolgs nicht erforderlich, schuldet der Planer diese Grundleistungen nicht als Teilerfolg. Das Honorar kann nicht wirksam gekürzt werden.
- Hat ein Planer eine als Teilerfolg vereinbarte Grundleistung nicht erbracht, muss der Auftraggeber dies zunächst rügen und dem Planer Gelegenheit geben, diesen Mangel zu beseitigen.
- Interessant ist die Frage, ob einem Planer, der eine einzelne Grundleistung als Teilerfolg schuldet (die Grundleistung ist ausdrücklich vereinbart), das Honorar deshalb bei Nichterbringung wirksam gekürzt werden kann, wenn der Planer diese Leistung objektiv nicht erbringen kann, oder ob er dann Behinderung anzeigen kann? Diese Frage kann der Autor als Honorarsachverständiger nicht beantworten.