

Schlussendlich sei die Entscheidung der VK Berlin vom 19.7.2024 (VK-B1-19/23) genannt.

Es ging hierbei um die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Auftraggeber sich bei einer negativen Eignungsprognose auf „schlechte Referenzen“ stützen kann.

Grundsätzlich – so die Vergabekammer – können sich Auftraggeber die Prüfung und Wertung anderer Auftraggeber zu eigen machen; sie müssen dann aber die rechtliche Prüfung einschließlich der Grundlagen hierzu dokumentieren.

Gegen die abschließenden Regelungen der Eignungs- und Zuverlässigkeitsprüfung verstoße es allerdings, wenn der Auftraggeber bereits in den Vergabeunterlagen vorsehe, dass eine vom Referenzgeber als nicht zufriedenstellend beurteilte frühere Leistung zwingend zum Ausschluss eines Bieters führe.

Sofern der Auftraggeber keinen Kontakt mit dem Referenzgeber herstellen könne, vermöge dies keinen Ausschluss begründen, weil dies nicht im Risiko- und Zuständigkeitsbereich des Bieters liege; umso mehr gelte dies, wenn der Auftraggeber nicht sämtliche zumutbaren Anstrengungen unternommen habe, den Referenzgeber zu erreichen.

Die Gewährung des rechtlichen Gehörs vor einem Ausschluss sei zwingend erforderlich, um eine ergebnisoffene Prognose -und Ermessensentscheidung zu treffen; die Wertung einer negativen Referenz zu Lasten des Bieters bedürfe einer sorgfältigen Sachverhaltsaufklärung und dürfe nicht auf einer reinen Spekulation beruhen.

### Ein Rückblick auf das Vergabetransformationsgesetz

Angemerkt sei noch zum Schluss, dass der Gesetzentwurf der alten Bundesregierung zur Transformation des Vergaberechts (Vergaberechtstransformationsgesetz – VergRTransfG) vom 27.11.2024 eine Formulierungsänderung in § 124 Absatz 1 Nummer 7 GWB vorsah.

Danach ist ein Ausschlussgrund gegeben, wenn

*„das Unternehmen bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung bei der Ausführung eines öffentlichen Auftrags oder Konzessionsvertrages erhebliche oder dauerhafte Mängel erkennen lassen hat, die die vorzeitige Beendigung dieses früheren Auftrags, Schadenersatz oder eine andere vergleichbare Rechtsfolge nach sich gezogen haben“.*

Im Vergleich zur heutigen Fassung, die vorsieht, dass ein Ausschlussgrund vorliegt, wenn das Unternehmen eine we-

sentliche Anforderung bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags oder Konzessionsvertrags erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt hat, wird die heute daraus ableitbare Pflicht eines zweifelsfreien Nachweises einer früheren mangelhaften Vertragserfüllung in Streitfällen zugunsten des Auftraggebers offensichtlich auf ein gewisses niedrigeres Nachweisniveau herabgesetzt.

Die Gesetzesbegründung führt hierzu aus: Mängel bei der Erfüllung dauerten fort, wenn der frühere Auftrag oder Vertrag fortdauernd mangelhaft erfüllt worden sei. Es gehe mithin um die fortdauernde Erfüllung, nicht um einen fortdauernden oder dauerhaften Mangel einer Sache oder eines Rechts im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches. Lediglich Behauptungen des Auftraggebers reichten hingegen weiterhin nicht aus. Wörtlich heißt es in der Gesetzesbegründung:

*„Der Maßstab liegt aber unter dem des geeigneten Nachweises in § 124 Absatz 1 Nummer 1 und 3. Es reicht aus, wenn der Auftraggeber für die Schlechterfüllung Indiztatsachen vorbringt, die von einigem Gewicht sind und auf gesicherten Erkenntnissen aus seriösen Quellen basieren und die die Entscheidung des*

*Auftraggebers zum Ausschluss des Bieters als nachvollziehbar erscheinen lassen. Ein anhängiger Rechtsstreit über die Schlechterfüllung oder gar eine gerichtliche Entscheidung über Kündigung, Schadenersatz oder vergleichbare Rechtsfolgen muss im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs noch nicht vorliegen. Ihr Fehlen befreit den Auftraggeber nicht von seiner Prüfpflicht, ob ein Ausschluss geboten ist. Dieser Maßstab ist auch sachgerecht, da der Auftraggeber in den Situationen der mangelhaften Erfüllung eines früheren öffentlichen Auftrags besonders sachnah selbst beurteilen kann, ob eine erneute Vertragsbindung an dieses Unternehmen entsprechende Probleme erwarten lässt. Insoweit sind subjektive Wertungskomponenten des Auftraggebers, soweit sie auf Fakten beruhen, ein wichtiger Teil dieser Einschätzung“.*

Wenngleich es zu einem Bundestagsbeschluss des Vergaberechtstransformationsgesetzes mit dieser Änderung in der abgelaufenen Legislaturperiode nicht mehr gekommen ist, kann diese Formulierungsänderung jedoch im Wesentlichen als Übernahme der hierzu in diesem Beitrag dargestellten vergaberechtlichen Rechtsprechung gewertet werden.

# Ohne Auftrag kein Honorar

## Wann liegt ein Auftrag aber vor? Und was gilt für die Honorarvereinbarung?



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

**Die Auftraggeber von Planungsleistungen und die Planer sollten wissen, welche Voraussetzungen für die Abrechnung des Honorars erfüllt sein müssen. Wissen sie es nicht oder handeln sie nicht danach, gibt es teilweise überraschende Konsequenzen. Eine Aufklärung.**

Ohne Auftrag kein Anspruch auf Honorar. Dieser Grundsatz gilt seit jeher:

*„Eine durchsetzbare Honorarforderung setzt einen entsprechenden Auftrag voraus.“*

(u.a. OLG Oldenburg, Beschluss v. 26.10.2021 – 12 U 120/18). Wer also

keinen Auftrag hat und dennoch Leistungen erbringt, kann hierfür kein Honorar verlangen.

Aufträge kommen in Deutschland zu-

- schriftlich,

- mündlich,
- konkludent, also stillschweigend, aber durch schlüssiges Handeln.

In jedem Fall ist der Auftragnehmer für die Auftragserteilung beweispflichtig.

Eine konkludente Auftragserteilung setzt die Entgegennahme und die Verwertung der Leistung voraus. Verwertet der Auftraggeber die ihm vorgelegte Leistung, war er damit einverstanden und muss sie vergüten. So ist etwa die Annahme, dass ein Architekt umfangreiche Leistungen (hier: der Leistungsphasen 1 bis 4 gemäß § 33 Abs. 3 HOAI 2009) kostenlos erbringen möchte, nach Ansicht des Oberlandesgerichts (OLG) München im Beschluss vom 11.9.2014 (9 U 1314/14 Bau) für sich genommen bereits lebensfremd.

Der Umstand, dass ein Architekt umfassende Planungsleistungen erbracht habe, die Grundlage für die Beantragung einer Baugenehmigung und eines Investitionskostenzuschusses sind, spreche demnach für einen (konkludenten) Vertragsabschluss.

Im entschiedenen Fall lag die Verwertung darin, dass der Bauherr die Planung zur Genehmigung eingereicht hatte.

Das OLG Düsseldorf hat mit Urteil vom 21.6.2011 (21 U 129/10) entschieden, dass die Akquisition mit der Leistungsphase 4 endet. Mit der Einreichung bei der Baubehörde werde die Genehmigungsplanung bestimmungsgemäß verwertet, so das OLG. Dadurch gebe der Auftraggeber zu erkennen, dass er die vom Architekten erbrachten Planungsleistungen als vertraglich geschuldet und nicht lediglich als Akquisitionsleistungen entgegennimmt.

Die „Verwertung“ einer Leistung kann aber auch darin bestehen, dass der Bauherr die Leistung als Grundlage für Projektentscheidungen nutzt. Erbringt also ein Planer zum Beispiel Planungsleistungen für grundsätzlich unterschiedliche Lösungen und entscheidet sich der Bauherr auf dieser Grundlage für die eine oder andere Lösung, so ist der Planer nachträglich mit der Planung dieser „Alternativen“ konkludent beauftragt.

Er kann dann das Honorar für die mehrfach erbrachten Vorplanungen (Leistungsphase 2), die nicht Varianten nach gleichen Anforderungen sind, abrechnen.

Ob der Auftraggeber die ohne Auftrag erbrachten Leistungen entgegennimmt und verwertet, bleibt das Risiko des Planers. Die einfache Entgegennahme der Leistung reicht jedenfalls für eine konkludente Beauftragung nicht aus.

Bei kommunalen Auftraggebern ist ohnehin Vorsicht geboten. Kommunen können sich nach den Vorschriften der Kommunalverfassung (Gemeindeordnung) nur schriftlich binden. Liegt also kein schriftlicher Auftrag vor, entsteht ein Honoraranspruch auch dann nicht, wenn der Auftraggeber die Leistungen entgegengenommen und verwertet hat (OLG Hamm, Beschluss v. 26.8.2021 – 24 U 41/21, siehe hierzu auch VergabeNavigator 5/2022 „Jetzt wird's eng“, S. 10–11). Nach Auffassung des OLG kämen Ansprüche ggf. nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag bzw. des Bereicherungsrechts in Betracht.

Und damit nicht genug, ein Bürgermeister ist nicht grundsätzlich allein vertretungsberechtigt. Zumindest in Bayern muss gem. Art 37 der Bayerischen Gemeindeordnung (BayGO) ein Gemeinderats- bzw. Ausschussbeschluss vorliegen, damit der Bürgermeister einen Planervertrag überhaupt unterschreiben darf (OLG Stuttgart, Urteil v. 9.2.2016 – 10 U 137/15).

Hiergegen hatte die Beklagte Revision beim Bundesgerichtshof (BGH) eingelegt und der BGH hat im Urteil vom 1.6.2017 (VII ZR 49/16) entschieden, dass ein Bürgermeister auch ohne Gremienbeschluss wirksam unterschreiben kann.

Die organschaftliche Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters einer bayerischen Gemeinde sei im Außenverhältnis allumfassend und unbeschränkt, so der BGH. Infolgedessen werde die Gemeinde auch durch solche Rechtshandlungen des ersten Bürgermeisters berechtigt und verpflichtet, die dieser ohne die erforderliche Beschlussfassung des Gemeinderats vorgenommen habe (Bestätigung von BGH, Urteil v. 18.11.2016 – V ZR 266/14, WM 2017, 256).

Wer blickt da im Alltag der Planungsbüros und der öffentlichen Auftraggeber noch durch?

*„Wir beauftragen Sie mit den Planungsleistungen der Leistungsphase 1 bis x für das Bauvorhaben xy.“*

Formulierungen wie diese reichen nicht mehr. Wer hat unterschrieben? Durfte der auch unterschreiben? Ist der Vertrag überhaupt zustande gekommen? Und wenn nicht, was geschieht dann mit den bereits geleisteten Abschlagszahlungen?

Ganz neu gilt: Selbst nicht beauftragte Leistungen sind vergütungspflichtig, wenn sie zum Erreichen des vereinbarten Erfolgs erforderlich sind. Das zeigt die Rechtsprechung des OLG München (Urteil v. 24.5.2022 – 9 U

1201/20 Bau; OLG München, Urteil v. 30.6.2022 – 9 U 1201/20 Bau, Ergänzungsurteil). Demnach muss auch nicht bestellter Brandschutznachweis bezahlt werden.

Dem Auftragnehmer steht demnach für die Erbringung ohne Auftrag erbrachter Leistungen ein Anspruch auf Aufwendungsersatz in Höhe der üblichen Vergütung zu, wenn die Leistungen für die Erreichung des werkvertraglichen Erfolgs notwendig waren, was im konkreten Fall vom OLG München für einen Brandschutznachweis bejaht wurde.

## Die Honorarvereinbarung

Im Vergleich zu diesem für den Nicht-Juristen äußerst schwierigen Terrain sind die Regeln zur Honorarvereinbarung einfach. Sie lauten:

- Habe ich einen Auftrag, habe ich ein Recht auf Vergütung.
- Die Höhe der Vergütung ergibt sich aus der getroffenen Vereinbarung.
- Ist eine Vereinbarung nicht getroffen, ergibt sich die Höhe der Vergütung aus § 632 Abs. 2 BGB.

## Recht auf Vergütung

### § 632 BGB – Vergütung

(1) Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Herstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.

Daraus folgt, dass im Geschäftsleben jedermann annehmen muss, dass der Auftragnehmer nur gegen eine Vergütung arbeitet. Das kann im besonderen Einzelfall (zum Beispiel enger Familienkreis) anders sein.

## Höhe der Vergütung vereinbart

Haben die Parteien vertraglich eine Vergütung vereinbart, ist zu prüfen, ob die Vereinbarung wirksam getroffen wurde. Das ist bei Verträgen, die vor dem 1.1.2021 geschlossen wurden und für die deshalb noch die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) 2013 gilt, nur dann der Fall, wenn die Tatbestände des § 7 Abs. 1 HOAI erfüllt sind. D.h., die Honorarvereinbarung muss

- a) schriftlich (Schriftform gem. § 126 BGB),
- b) schriftlich bei Auftragserteilung (Zeitpunkt) und
- c) der Höhe nach innerhalb der Mindest- und Höchstsätze getroffen sein.

Ist das Honorar wirksam vereinbart, ist nach dieser Vereinbarung abzurechnen.

### Höhe der Vergütung nicht vereinbart

Ist ein Honorar der Höhe nach gar nicht vereinbart oder ist einer der Vergütungstatbestände des § 7 Abs. 1 HOAI 2013 nicht erfüllt und die Vereinbarung deshalb unwirksam getroffen, ergibt sich der Honoraranspruch der Höhe aus § 632 Abs. 2 BGB.

#### § 632 BGB – Vergütung

(2) Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen.

Liegt also zum Beispiel das vor dem 1.1.2021 vereinbarte Honorar unterhalb der Mindestsätze der HOAI (2013), ist die Honorarvereinbarung nicht wirksam getroffen, d.h., es liegt keine Honorarvereinbarung vor.

Gemäß der Vorschrift im BGB ist das Honorar deshalb nach der HOAI abzurechnen (Taxe = Preisrecht = HOAI). Dort ist in § 7 Abs. 5 HOAI 2013 bzw. § 7 Abs. 1 Satz 2 HOAI 2021 bestimmt, dass das Honorar in Höhe der Mindestsätze abzurechnen ist. Im Fall eines nicht vereinbarten Honorars bzw. eines unwirksam und deshalb nicht vereinbarten

Honorars ist also eindeutig vorgeschrieben, wie abzurechnen ist, nämlich nach den Mindestsätzen der HOAI. Dies gilt jedenfalls für das Honorar für Grundleistungen. Das gilt auch für den Geltungsbereich der HOAI 2021.

Für Besondere Leistungen, für die es eine Taxe (Preisrecht) nicht gibt, enthält § 632 Abs. 2 BGB die Vorschrift, dass hierfür die „übliche“ Vergütung zu zahlen ist. Dafür gilt:

*„Üblich im Sinne von § 632 Abs. 2 BGB ist die Vergütung, die zur Zeit des Vertragsschlusses nach allgemeiner Auffassung der beteiligten Kreise am Ort der Werkleistung gewährt zu werden pflegt.“*

(BGH Urteil v. 26.10.2000 – VII ZR 239/98).

Das kann alles Mögliche sein und ist im Einzelfall zu untersuchen.

### Das besondere Problem im Alltag

Auch wenn die Hauptaufträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Planungsbüros/-gesellschaften nach der Erfahrung des Autors überwiegend formal richtig geschlossen werden, ist dies bei Nachträgen überwiegend nicht der Fall.

Entweder Nachtragsvereinbarungen werden gar nicht getroffen und die zusätzlichen Leistungen werden einfach abgerechnet und bezahlt. Oder Nachträge

werden zwar gestellt, aber nicht beauftragt, die Leistungen aber gefordert und erbracht. In diesen Fällen führt dies regelmäßig zu Streit ums Honorar. Das gilt auch für den Fall, dass die Nachtragsleistungen mündlich beauftragt wurden und auf dieser Grundlage erbracht werden.

Das Prozedere des § 650b BGB für den Fall, dass der Besteller eine Änderung begehrt, ist in der Praxis noch nicht oder nur sehr unzureichend angekommen. Erbringt aber der Planer eine Leistung ohne Auftrag, hat er ggf. gar keinen Honoraranspruch. Ist er zwar mündlich beauftragt, läuft er Gefahr, dass der Auftraggeber (eine Kommune) später das Honorar mit Verweis auf die Rechtsprechung des OLG Hamm (s.o.) verweigert.

Die genannten Umstände führen insgesamt dazu, dass auch Planer keinesfalls mehr Leistungen ohne wirksam erteilten Auftrag erbringen sollten. Wollen sie das Honorar sichern, sollten sie neben einem Auftrag auch auf einer wirksam getroffenen Honorarvereinbarung bestehen.

Das alles ist in den Vorschriften des § 650b BGB geregelt, an die man sich halten sollte. Anderes Verhalten führt zu Verzögerungen, Ärger und Risiken für beide Vertragsparteien. Sie sollten deshalb auf formal richtige und eindeutige Auftragserteilungen sowie wirksam getroffene Honorarvereinbarungen achten.



## Wissen für Praktiker und Praktikerinnen

Reguvis bietet gut recherchierte und aufbereitete Fachinformationen für Ihren beruflichen Alltag. Unsere Nähe zur Gesetzgebung gewährleistet Informationen direkt von der Quelle. Dabei sind unsere Autoren und Autorinnen ausgewiesene Experten und Expertinnen, von deren Wissen Sie profitieren.

Bestellen Sie direkt online unter

[www.reguvis.de](http://www.reguvis.de)

