

Der direkte Weg in die Haftung?

Rechtsberatung im Vergabeverfahren birgt für Planer beträchtliche Risiken



Prof. Dr. Matthias Einmahl, Fachhochschule für Polizei und öffentliche Verwaltung NRW; Dr. Stefanie Possienke, Städtische Oberrechtsrätin Stadt Köln; Dipl.-Ing. Ulrich Welter, ö.b.u.v. Sachverständiger für Honorare nach HOAI, inside® Büsum

Bei der Realisierung von Bauvorhaben werden Architekten und Ingenieure regelmäßig mit Planungs- und Überwachungsleistungen beauftragt. Rechtsfragen klärt der Auftraggeber selbst oder er lässt sich durch einen Rechtsanwalt beraten. So weit die Theorie. Die Praxis sieht nicht selten anders aus: Häufig erledigen die Planungsbüros rechtliche Aspekte der Leistungserbringung gleich mit. Ein solches Verhalten birgt erhebliche Risiken für Architekten und Ingenieure. Eine Aufklärung.

Die Ausgangslage

Insbesondere kleinere öffentliche Auftraggeber überlassen den Planungsbüros häufig mehr oder weniger die gesamte Planung und Abwicklung von Bauvorhaben und beschränken sich auf eine oberflächliche Steuerung und Kontrolle. Die Büros erbringen dann diese Leistungen und sind sich nicht darüber im Klaren, dass dieses Gesamtpaket auch rechtliche Elemente enthält. Diese Aufgaben werden dann einfach miterledigt. Was soll ein Architekt oder Ingenieur schon nicht können? Was der Kunde wünscht, bekommt er auch.

Spätestens mit dem Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 9.11.2023 (VII ZR 190/22) sind die Gefahren dieser Kundenfreundlichkeit deutlich geworden. In dem Verfahren ging es um eine Skontoklausel, die von einem Architekten entworfen worden war. Die Klausel war rechtlich fehlerhaft und daher unwirksam, die Erstellung durch den Architekten eine verbotene Rechtsdienstleistung mit der Folge einer Haftung des Architekten auf Schadensersatz ohne Deckung aus der Haftpflichtversicherung. Im entschiedenen Fall stand eine Haftungssumme von bis zu 125.000 € im Raum.

Die Bedeutung dieses Urteils beschränkt sich nicht auf Fragen des Bauvertragsrechts, sondern erstreckt sich auch auf

die Mitwirkung des Architekten/Ingenieurs im Vergabeverfahren. Bei Fehlentscheidungen drohen auch hier Schadensersatzforderungen des Auftraggebers gegen den Architekten/Ingenieur.

Welche Tätigkeiten mit rechtlichen Bezügen der Architekt/Ingenieur übernehmen soll und darf, welche Entscheidungen er dem Auftraggeber überlassen muss und welche konkreten Haftungsgefahren existieren, soll hier gezeigt werden.

Rechtsdienstleistungen in Bauprojekten

Das Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) bestimmt, dass grundsätzlich nur Rechtsanwälte Rechtsdienstleistungen anbieten dürfen. Rechtsdienstleistung ist jede Tätigkeit in konkreter fremder Angelegenheit, die eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert (§ 2 Abs. 1 RDG).

Darunter ist jede konkrete Subsumtion eines Sachverhalts unter die maßgeblichen rechtlichen Bestimmungen zu verstehen, die über die bloße schematische Anwendung von Rechtsnormen ohne weitere rechtliche Prüfung hinausgeht (BGH, Urteil v. 9.11.2023 – VII ZR 190/22, Rn. 26; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 25.5.2022 – Verg 33/21, Rn. 88).

Lediglich schematisch ist die Anwendung, wenn die rechtliche Beurteilung einer Frage auch für juristische Laien so leicht und eindeutig ist, dass es einer

besonderen juristischen Prüfung nicht bedarf (amtliche Begründung des Gesetzes, BT-Drs. 16/3655, S. 35).

Die Anwendung der Norm ist dann ein notwendiger gedanklicher Zwischenschritt, der eindeutige Schwerpunkt der Arbeit liegt aber im bautechnischen Bereich.

Beispiel: Der Architekt prüft, ob das von einem Bieter genannte Fabrikat den technischen Anforderungen in der Leistungsbeschreibung entspricht. Ist dies nicht der Fall, weicht das Angebot von den Vergabeunterlagen ab, ein Ausschluss nach §§ 16 Abs. 1 Nr. 2, 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A ist die Folge. Hier liegt der eindeutige Schwerpunkt der Bewertung im Vergleich der technischen Eigenschaften des genannten Fabrikats und der technischen Anforderungen in der Leistungsbeschreibung.

Die daraus abzuleitende Rechtsfolge ergibt sich faktisch von selbst: Liegt keine Abweichung vor, kann das Angebot gewertet werden. Liegt eine eindeutige Abweichung vor, ist auszuschließen. Die Anwendung der Normen ist leicht und eindeutig und damit rein schematisch, der Architekt erbringt mit der Ausschlussempfehlung eine bautechnische Dienstleistung und keine Rechtsdienstleistung.

Auf den Einzelfall kommt es an

Die Qualifizierung als Rechtsdienstleistung ist für jede Einzeltätigkeit separat vorzunehmen (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 25.5.2022 – Verg 33/21, Rn. 89).

Beispiel: Gelegentlich entpuppt sich eine vermeintliche Abweichung von den Vergabeunterlagen bei näherer Betrachtung als Missverständnis, das im Zuge eines Aufklärungsgesprächs im Wege der Auslegung des Angebots erkannt werden kann. Auch ist denkbar, dass eine Abweichung so klein ist, dass ein hierauf gestützter Ausschluss gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (§ 2 Abs. 1 S. 2 VOB/A) verstoßen würde.

Die Auslegung eines Angebots, das Führen eines Aufklärungsgesprächs und eine Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sind zumindest stark rechtsgeprägt. Der Schwerpunkt liegt nicht mehr eindeutig im bautechnischen Bereich. Diese Einzeltätigkeiten sind Rechtsdienstleistungen, sie erfordern über die Feststellung der Abweichung hinaus rechtliche Überlegungen.

Ob es sich um eine einfache oder schwierige Rechtsfrage handelt, ist unerheblich (BGH, Urteil v. 9.11.2023 – VII ZR 190/22, Rn. 26; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 25.5.2022 – Verg 33/21, Rn. 88).

§ 5 Abs. 1 S. 1 RDG erlaubt Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit einer anderen Tätigkeit, wenn sie als Nebenleistung zum Berufs- oder Tätigkeitsbild gehören. Der Bundesgerichtshof (BGH, Urteil v. 9.11.2023 – VII ZR 190/22, Rn. 29) beschreibt den Architekten/Ingenieur als „geschäftlichen Oberleiter, sachkundigen Berater und Betreuer des Bauherrn“, der „nicht unerhebliche Kenntnisse des Werkvertragsrechts, des BGB und der entsprechenden Vorschriften der VOB/B besitzen“ muss.

Denn um die mit dem Auftraggeber vereinbarten Planungs- und Überwachungsziele zu erreichen, benötigt er Rechtskenntnisse. Soweit die Anwendung dieser Rechtskenntnisse nötig ist, um diese Planungs- und Überwachungsziele zu erreichen, wäre es sachwidrig, diese Einzelbestandteile aus dem Leistungsbild herauszulösen und den Auftraggeber zu zwingen, hierfür separaten Rechtsrat einzuholen.

Bedeutung dürfte § 5 Abs. 1 S. 1 RDG in erster Linie bei der Projektabwicklung haben, insbesondere bei Mängelrügen und Nachträgen. Für Tätigkeiten rund um das Vergabeverfahren kommt eine Anwendung der Norm wohl nur in Ausnahmefällen in Betracht.

Beispiel (in Anknüpfung an vorangegangenes Beispiel): Es lässt sich gut vertreten, die Auslegung eines unklaren Angebots im Rahmen der technischen Prüfung als erlaubte Rechtsdienstleistung zu werten. Ob das ein Gericht auch so sehen würde, ist aber keinesfalls sicher.

Rechtliche Grundlagen der Haftung

Der Architekt/Ingenieur ist verpflichtet, den Auftrag ohne professionelle Fehler auszuführen. Unterläuft ihm ein Fehler, macht er sich gegebenenfalls schadensersatzpflichtig.

Grundlage für die Schadensersatzpflicht ist im Normalfall ein wirksamer Vertrag. Zwar ist der Vertrag bei Erbringung einer unerlaubten Rechtsdienstleistung insoweit nach § 134 BGB unwirksam (BGH, Urteil v. 9.11.2023 – VII ZR 190/22, Rn. 39). Die Haftung kann aber auf eine andere rechtliche Grundlage gestellt werden, und zwar auf §§ 280 Abs. 1, 311

Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB oder §§ 823 Abs. 2 BGB, 3 RDG (BGH, Urteil v. 9.11.2023 – VII ZR 190/22, Rn. 40).

Ohne hier die rechtlichen Details näher zu beleuchten, ist im Ergebnis festzuhalten, dass eine rechtliche Fehleinschätzung zur Haftung führen kann – und zwar so, als ob ein wirksamer Vertrag vorläge.

Eine Haftung entfällt ausnahmsweise, wenn der Architekt/Ingenieur nachweisen kann, dass ihn keine Fahrlässigkeit trifft (§§ 280 Abs. 1 S. 2, 823 Abs. 2 S. 2 BGB). Fahrlässig handelt, wer gegen die im Geschäftsleben zu erwartende Sorgfaltspflicht verstößt (§ 276 Abs. 2 BGB).

Dabei kann sich der Architekt/Ingenieur aber nicht darauf berufen, dass er mangels entsprechender Ausbildung nicht über fundierte Rechtskenntnisse verfügt. Wenn er gesetzeswidrig Rechtsdienstleistungen erbringt, muss er sich so behandeln lassen, als sei er hierfür fachlich kompetent (BGH, Urteil v. 13.2.2001 – VI ZR 34/00, Rn. 12; Seichter, in Juris Praxiskommentar zum BGB, 10. Auflage, § 276, Rn. 11). Im Ergebnis wird der Nachweis fehlender Fahrlässigkeit daher so gut wie nie gelingen.

Ersatzfähig ist der durch die Pflichtverletzung entstandene Schaden (§ 249 Abs. 1 BGB, näher hierzu im nächsten Abschnitt).

Unter Umständen kann der Architekt/Ingenieur dem Auftraggeber allerdings entgegengehalten,

- dass dieser wusste oder hätte wissen müssen, dass es sich bei der vom Architekten/Ingenieur verlangte Leistung um eine nicht – auch nicht nach § 5 Abs. 1 S. 1 RDG ausnahmsweise – erlaubte Rechtsdienstleistung handelt,
- dass ein Architekt/Ingenieur diese im konkreten Fall nicht erbringen darf und
- dass der Auftraggeber die aufgeworfenen Rechtsfragen in eigener Verantwortung hätte klären müssen.

Dann kommt eine Reduzierung der Haftungssumme aufgrund **eigenen Mitverschuldens** nach § 254 BGB in Betracht. Um wie viel die Haftung dann reduziert wird, ist eine Frage des Einzelfalls. Wem ist im konkreten Fall der größere Vorwurf zu machen? Überwiegt die Verantwortung des Auftraggebers deutlich, kann eine Haftung ausnahmsweise auch ganz entfallen. Denkbar wäre ein solcher Fall zum Beispiel, wenn der Auftraggeber Druck ausübt und dem Architekten/Ingenieur mit einer Kündigung droht.

Die Berufshaftpflichtversicherung bietet dem Architekten/Ingenieur in solchen Fällen keinen **Versicherungsschutz**. Versicherungsschutz besteht für eine Tätigkeit im Rahmen seines Berufsbildes (A1-1 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Berufshaftpflichtversicherung von Architekten, Bauingenieuren und Beratenden Ingenieuren, herausgegeben vom Gesamtverband der Versicherer GDV, Stand 2020).

Kein Versicherungsschutz besteht für Tätigkeiten, die dem Berufsbild nicht entsprechen (A1-3.5 der zitierten Versicherungsbedingungen; Thode, juris Praxisreport-PrivBauR 2/2024 Anm. 1).

Im Ergebnis muss der Architekt/Ingenieur den Schaden (ggf. gemäß § 254 reduziert) also aus seinem Betriebs- oder Privatvermögen begleichen.

Einordnung einzelner Leistungen

Im Folgenden werden die wichtigsten Tätigkeiten im Vergabeverfahren abgehandelt, deren Erledigung durch den Architekten/Ingenieur ein öffentlicher Auftraggeber möglicherweise verlangen wird.

Zu den geschilderten Tätigkeiten existiert – soweit ersichtlich – noch keine Rechtsprechung. Die Einordnung beruht auf der persönlichen Einschätzung der Verfasser*in. Im Einzelfall muss immer damit gerechnet werden, dass ein Gericht dies anders sieht.

Die Haftungsgefahr ist in der Vorbereitungsphase eines Vergabeverfahrens kleiner als in der Durchführungsphase.

Vorbereitung des Vergabeverfahrens

Wahl der Vergabeverfahrensart/ Verzicht auf Vergabeverfahren

Eine rein bautechnische Einschätzung im Zusammenhang mit der Wahl der richtigen Vergabeverfahrensart (öffentliche Ausschreibung, beschränkte Ausschreibung, freihändige Vergabe?) ist keine Rechtsdienstleistung. Geht es hingegen um Fragen der Anwendung der zahlreichen Vorschriften zur Wahl der richtigen Vergabeverfahrensart, wäre eine Beratung hierzu für den Architekt/Ingenieur eine unzulässige Rechtsdienstleistung.

Beispiele: Die Frage, wann eine Leistung nach § 3a Abs. 3 Nr. 2 VOB/A besonders dringlich ist und damit eine freihändige Vergabe rechtfertigt, ist rechtsgeprägt. Zur Frage der Dringlichkeit gibt es für Vergaben oberhalb

der Schwellenwerte etliche Entscheidungen von Vergabekammern und Oberlandesgerichten, an denen man sich orientieren sollte. Die Entscheidung über die Anwendung dieser Ausnahme muss daher der Auftraggeber treffen.

Die Zulässigkeit einer freihändigen Vergabe aus besonderen Gründen nach § 3a Abs. 3 Nr. 1 VOB/A kann dagegen auch bautechnische Aspekte aufweisen (zum Beispiel Beurteilung der Geeignetheit von Geräten).

Allerdings existiert eine sehr strenge Rechtsprechung für das Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte, an der man sich auch bei Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte orientieren sollte. Für die diesbezügliche Einschätzung ist der Auftraggeber zuständig. Das bedeutet, dass der Architekt/Ingenieur hier gegebenenfalls zuarbeiten kann, die abschließende Entscheidung aber beim Auftraggeber liegt.

Auch die Frage, ob ausnahmsweise ein Verzicht auf ein Vergabeverfahren zulässig ist, ist in aller Regel im Wesentlichen rechtsgeprägt. Die Entscheidung obliegt dem Auftraggeber. Besondere Bedeutung hat dies bei Nachträgen, einschlägig sind hier §§ 132 GWB, 22 VOB/A.

Vertragsgestaltung

Kern des Bauvertrags ist die Leistungsbeschreibung. Sie beruht in aller Regel ausschließlich auf bautechnischen Einschätzungen ohne nennenswerte Rechtsbezüge. Dann ist die Erstellung der Leistungsbeschreibung keine Rechtsdienstleistung.

Der Entwurf von Vertragsbedingungen wird dagegen regelmäßig als Rechtsdienstleistung zu qualifizieren sein. Typischerweise regeln sie die wirtschaftlichen und organisatorischen Verhältnisse sowie die rechtlichen Beziehungen zwischen den Vertragspartnern, ohne das Bauprojekt aus bautechnischer Sicht zu betreffen (zum Beispiel Skontoklausel, Vertragsstrafenregelung, Dokumentations- und Mitwirkungspflichten).

Diese Rechtsdienstleistung ist in der Regel auch nicht nach § 5 Abs. 1 S. 1 RDG erlaubt. Denn der Architekt/Ingenieur kann die vereinbarten Planungs- und Überwachungsziele auch dann erreichen, wenn er selbst keine Vertragsbedingungen erstellt.

Entscheidend ist bei der Vertragsgestaltung allerdings immer der tatsächliche Inhalt, nicht die formelle Bezeichnung des Dokuments: Versteckt sich beispiels-

weise eine Skontoklausel in der Leistungsbeschreibung, so ist deren Entwurf als Rechtsdienstleistung zu werten. Die Überschrift „Leistungsbeschreibung“ ändert daran nichts.

Umgekehrt ist zum Beispiel die Festlegung von Ausführungsfristen keine Rechtsdienstleistung, unabhängig davon, ob sie Teil der Leistungsbeschreibung oder der Vertragsbedingungen ist. Denn die Festlegung einer Ausführungsfrist erfordert keine besondere Subsumtionsleistung, die maßgeblichen Gesichtspunkte sind bautechnischer Natur.

Entscheidung für Gesamtvergabe

Eine Gesamtvergabe ist zulässig, wenn technische oder wirtschaftliche Gründe dies erfordern (§ 97 Abs. 4 S. 3 GWB). Die Beurteilung von technischen oder wirtschaftlichen Aspekten ist keine Rechtsdienstleistung, grundlegende rechtliche Fragen zur Losvergabe dagegen unter Umständen schon (allgemein zur Gesamtvergabe Hattig/Oest, Vergabe Navigator 5/2024, S. 5 ff.).

Beispiel: Ob eine Bauzeitverkürzung Argument für die Losvergabe sein kann, ist eine Rechtsfrage. Beratung in diesem Zusammenhang wäre für den Architekt/Ingenieur eine unzulässige Rechtsdienstleistung.

Zudem ist bei einer Entscheidung für eine Gesamtvergabe eine Gesamtabwägung im Rahmen der Ermessensausübung vorzunehmen, bei der der grundsätzliche Vorrang der Losvergabe zu berücksichtigen ist (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21.8.2024 – Verg 6/24 und 7/24; siehe hierzu Gesing, Vergabenavigator 1/2025, S. 16 f.). Dies ist Aufgabe des Auftraggebers.

Festlegung der Eignungs- und Zuschlagskriterien

Zuschlags- und Eignungskriterien zur Fachkunde sind in aller Regel technischer Natur (s. § 46 VgV „technische“ Leistungsfähigkeit). Eignungskriterien zur Leistungsfähigkeit sind wirtschaftlicher Natur (s. § 45 VgV „wirtschaftliche“ Leistungsfähigkeit), sodass diesbezügliche Beratung meist keine Rechtsdienstleistung darstellt.

Bei der Festlegung von Kriterien können aber auch rechtliche Aspekte eine Rolle spielen, die von der Beratung der Architekten/Ingenieurs nicht umfasst sein darf.

Beispiel: Bei Nachhaltigkeitskriterien stellt sich gelegentlich die Frage, ob der rechtlich geforderte Auftragsbezug vorhanden ist. Dies muss der Auftraggeber selbst prüfen.

Haftungsgefahren bei der Vorbereitung des Vergabeverfahrens

Eine Haftungsgefahr des Architekten/Ingenieurs existiert bei der Erstellung unwirksamer und/oder für den Auftraggeber nachteilhafter Vertragsklauseln, die der Auftraggeber in den Vertrag mit dem Auftragnehmer aufnimmt.

Beispiel: In dem vom BGH im Urteil vom 9.11.2023 (VII ZR 190/22) entschiedenen Fall hatte die Unwirksamkeit der Skontoklausel nach § 307 BGB zur Folge, dass der Auftraggeber gegenüber dem Auftragnehmer kein Skonto geltend machen konnte. In einer leicht abgeänderten Fassung wäre die Skontoklausel wirksam gewesen. Der entgangene Skontobetrag ist der dem Auftraggeber entstandene Schaden, den der Architekt/Ingenieur ihm ersetzen muss.

Vergaberechtliche Fehleinschätzungen des Architekten/Ingenieurs begründen dann eine Haftungsgefahr, wenn Fördermittel im Spiel sind. Fördermittelbescheide sehen regelmäßig eine Verpflichtung zur Anwendung des Vergaberechts vor. Vergaberechtsfehler können zu einer teilweisen oder vollständigen Rückforderung der Fördermittel führen. Dies ist für den Auftraggeber ein Schaden, dessen Ersatz er gegebenenfalls vom Architekten/Ingenieur fordern kann.

Beispiel (OLG Düsseldorf, Urteil v. 25.8.2015 – 23 U 13/13): Ein Ingenieur empfiehlt die freihändige Vergabe von Nachtragsleistungen, was sich später als vergaberechtswidrig herausstellt. Der Auftraggeber muss aus diesem Grund Fördermittel zurückzahlen, der Ingenieur wird zur Erstattung verurteilt.

In sonstigen Fällen ist die Haftungsgefahr dagegen sehr gering. Denn ein etwaiger Rechtsfehler bezieht sich dann nur auf das Verhältnis zwischen dem Auftraggeber und interessierten Unternehmen, die kein Angebot abgegeben haben.

Beispiele: Ein interessiertes Unternehmen kann kein Angebot abgeben, weil es einer rechtswidrigen Produktvorgabe in der Leistungsbeschreibung nicht nachkommen kann, kein Generalunternehmer ist und daher im Rahmen einer rechtswidrigen Gesamtvergabe nicht das gesamte Leistungsspektrum abdecken kann, im Rahmen einer rechtswidrigen beschränkten Ausschreibung nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert wird, zu strenge Eignungskriterien nicht erfüllt.

In den Beispielfällen würde dem Auftraggeber nur dann ein Schaden entstehen, wenn die interessierten Unternehmen ihm gegenüber Schadensersatz geltend machen könnten, weil sie kein Angebot abgeben konnten.

Kommt ein interessiertes Unternehmen nicht zum Zuge, besteht sein Schaden im entgangenen Gewinn (§ 252 BGB), also seiner Gewinnmarge. Es muss jedoch nachweisen, dass es diesen Gewinn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erzielt hätte, wenn der Fehler nicht begangen worden wäre.

Konkret müsste es nachweisen, dass sein Angebot auf jeden Fall wirtschaftlicher gewesen wäre als die abgegebenen Angebote, wenn es die Chance zur Abgabe gehabt hätte. Das ist jedoch so gut wie nie möglich. Wie soll es nachweisen, zu welchem Preis es angeboten hätte?

Kompliziert ist die Rechtslage, wenn ein Angebot aufgrund eines rechtswidrigen Zuschlagskriteriums nicht zum Zuge kommt und der Architekt/Ingenieur dieses Zuschlagskriterium verantwortet hat. Hier existiert eine erhöhte Haftungsgefahr, wobei die Details den Rahmen dieses Aufsatzes überschreiten würden.

Durchführung des Vergabeverfahrens

Formelle Angebotsprüfung

Die formelle Angebotsprüfung umfasst insbesondere den möglichen Ausschluss eines Angebots wegen Verspätung, fehlerhafter Form, fehlender Preisangaben, Abweichung von den Vergabeunterlagen, der Unzulässigkeit der Nachforderung von Unterlagen und Fehlern eines Bieters bei der Nachreichung von Unterlagen.

Diese Fragen sind ganz überwiegend rechtsgeprägt und das Vergaberecht steckt hier voller Tücken. In einem wesentlichen Punkt ist allerdings die bautechnische Expertise des Architekten/Ingenieurs gefragt: Bei der Prüfung, ob die Angebote den technischen Vorgaben der Leistungsbeschreibung entsprechen, insbesondere im Hinblick auf die Fabrikatsangaben.

Abgesehen hiervon ist der Architekt/Ingenieur gut beraten, die formelle Angebotsprüfung dem Auftraggeber zu überlassen. Kommt im Rahmen dieser Prüfung eine bautechnische Frage auf, kann der Auftraggeber dann auf den Architekten/Ingenieur zurückgreifen (z.B. bei möglicher Mischkalkulation).

Eignungsprüfung

Eignungskriterien zur Fachkunde sind in aller Regel bautechnischer Natur (s. § 46

VgV „technische“ Leistungsfähigkeit), Eignungskriterien zur Leistungsfähigkeit sind wirtschaftlicher Natur (s. § 45 VgV „wirtschaftliche“ Leistungsfähigkeit). Der Abgleich der Eigenschaften der Bieter mit den Eignungskriterien wird daher meist keine Rechtsdienstleistung sein.

Beispiele: Die Prüfung der Vergleichbarkeit von Referenzen, der Qualifikation des Personals oder der Tauglichkeit des Maschinenparks.

Eine Prüfung der Ausschlussgründe nach §§ 123, 124 GWB bzw. der Zuverlässigkeit wird dagegen in der Regel eine Rechtsdienstleistung sein. Die einzelnen Alternativen in §§ 123, 124 GWB sind überwiegend rechtlich komplex, deren Anwendung ist klassische Subsumtion.

Bei einer Vergabe unterhalb der Schwellenwerte erfordert die Konkretisierung des Begriffs „Zuverlässigkeit“ ebenfalls rechtliche Überlegungen, insbesondere dann, wenn man sich bei dieser Konkretisierung an den §§ 123, 124 GWB orientiert. Die Ausschlussgründe muss der Auftraggeber daher selbst prüfen. Sofern technische Einschätzung nötig ist, ist ein Rückgriff auf den Architekten/Ingenieur möglich.

Allerdings muss hier sorgfältig darauf geachtet werden, dass die Grenze zur unzulässigen Rechtsdienstleistung nicht überschritten wird.

Beispiel: Ein Ausschluss eines Bieters wegen vorheriger Schlechtleistung nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB steht im Raum. Wenn es um die Frage geht, ob eine bestimmte Ausführung einer Bauleistung aus vorherigem Vertrag tatsächlich eine Schlechtleistung war, ist eine Einschätzung des Architekten/Ingenieurs unter Umständen zulässig.

Ein Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB setzt allerdings auch voraus, dass die Schlechtleistung „zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadensersatz oder zu einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt hat“. Hat der frühere Auftraggeber etwa infolge der Schlechtleistung gemindert, muss der Auftraggeber entscheiden, ob die Minderung eine vergleichbare Rechtsfolge im Sinne der Norm ist.

Zudem setzt ein Ausschluss nach § 124 GWB immer eine Gesamtabwägung im Rahmen der Ermessensausübung voraus. Auch dies ist Aufgabe des Auftraggebers, nicht des Architekten/Ingenieurs.

Prüfung der Angemessenheit der Angebotspreise

Ein unangemessen niedriger Preis führt gemäß §§ 16d, EU 16d VOB/A zum

Angebotsausschluss. Ein unangemessen niedriger Preis liegt vor, wenn er nicht kostendeckend ist und dies Zweifel begründet, ob eine ordnungsgemäße Vertragserfüllung erwartet werden kann.

Ob ein Preis kostendeckend ist oder nicht, ist eine bautechnische Einschätzung. Zur Frage, wann die oben genannten Zweifel vorliegen, sind die rechtlichen Details noch nicht in allen Einzelheiten geklärt (näher Kaiser, in Juris PK § 16d VOB/A, Rn. 46 ff.).

Für den Architekten/Ingenieur bedeutet dies: Er ist befugt, eine Einschätzung darüber abzugeben, ob ein Preis kostendeckend ist. Für die Frage, ob die ordnungsgemäße Vertragserfüllung gefährdet und damit ein Ausschluss angezeigt ist, ist der Auftraggeber zuständig.

Rechnerische Richtigkeit

Die Prüfung der rechnerischen Richtigkeit der Preise nach §§ 16c Abs. 1 S. 1, EU 16c Abs. 1 S. 1 VOB/A ist eine rein mathematische Angelegenheit und damit keine Rechtsdienstleistung.

Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots

Die Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots ist in aller Regel keine Rechtsdienstleistung. Wenn nur der Preis bzw. die Kosten Zuschlagskriterium sind, ist die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots eine mathematische Frage. Existieren daneben andere Zuschlagskriterien, so wird die Bewertung fast immer bautechnischer (etwa bei der Bewertung eines Bauablaufkonzepts) oder mathematischer Natur sein (zum Beispiel Zusammenrechnung von Punkten für die Zusage eines frühen Fertigstellungszeitpunkts).

Haftungsgefahren bei der Durchführung des Vergabeverfahrens

Sind **Fördermittel** im Spiel, existieren für den Architekten/Ingenieur die gleichen Haftungsgefahren wie bei Fehlern im Rahmen der Vorbereitung des Vergabeverfahrens (s.o.).

Unabhängig davon, ob für das Projekt Fördermittel eingesetzt worden sind, existiert eine hohe Haftungsgefahr auch im Hinblick auf Bieter, die keinen Zuschlag erhalten haben.

Denn diese Bieter haben im Vergabeverfahren ein Angebot abgegeben. Kommt ein Bieter nicht zum Zuge, ist die Gewinnmarge sein Schaden. Er muss nachweisen, dass er diesen Gewinn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erzielt hätte, wenn eine unzulässige,

fehlerhafte Rechtsberatung unterblieben wäre.

Da der Bieter bereits ein Angebot abgegeben hat, ist ein direkter Vergleich mit dem Angebot möglich, das den Zuschlag erhalten hat. Hat der Bieter das wirtschaftlichste Angebot abgegeben, das zu Unrecht ausgeschlossen worden oder zu Unrecht nicht auf den ersten Platz gekommen ist, wird der erforderliche Nachweis in der Regel gelingen (näher Einmahl, Vergaberecht 2023, S. 693 ff.).

Das ist insbesondere dann der Fall, wenn einziges Zuschlagskriterium der Preis bzw. die Kosten sind. Existieren daneben andere Zuschlagskriterien, kommt es dagegen auf den Einzelfall an.

Beispiele: Ist die Zusage eines frühen Fertigstellungszeitpunkts Zuschlagskriterium, können die zu vergebenden Punkte in der Regel eindeutig ermittelt werden. Dann kann auch genau nachvollzogen werden, wie viele Punkte das nicht zum Zuge gekommene Angebot hätte erhalten müssen. Bei der Bewertung eines Bauablaufkonzepts existiert hingegen ein sogenannter Beurteilungsspielraum, der zu einer Prognoseunsicherheit und damit zum Fehlen eines sicheren Nachweises zwischen Rechtsfehler und entgangenem Gewinn führen kann.

Gelingt der Nachweis, kann der übergangene Bieter die entgangene Gewinnmarge beim Auftraggeber als Schadensersatz geltend machen. Konkret kann der Bieter seinen Angebotspreis abzüglich der variablen Kosten (zum Beispiel Materialkosten für Bau) geltend machen. Den Deckungsbeitrag für die Fixkosten muss er sich nicht anrechnen lassen, wohl aber etwaige Einnahmen, die er aufgrund der frei gebliebenen Kapazitäten erzielen kann.

Die an den übergangenen Bieter zu zahlende Summe ist für den Auftraggeber selbst ein Schaden, dessen Erstattung er vom Architekten/Ingenieur fordern kann.

Dokumentation

Zulässige und unzulässige Handlungsfelder für den Architekten/Ingenieur liegen im Vergabeprozess manchmal dicht beieinander.

Der Architekt/Ingenieur sollte im eigenen Interesse darauf hinwirken, dass die Beachtung seiner berufsrechtlichen Grenzen im Vergabeverfahren nachvollziehbar ist. Sie muss aus der Dokumentation des Vergabeverfahrens hervorgehen. Zu Rechtsfragen sollte er sich in seinen Stellungnahmen nicht äußern,

sondern sie allenfalls benennen. Die Dokumentation sollte zudem erkennen lassen, dass der Auftraggeber die erforderlichen rechtlichen Einschätzungen – selbst oder anwaltlich beraten – tatsächlich vorgenommen hat.

Beispiel: Im Rahmen der Entscheidung für eine Gesamtvergabe sollte die Stellungnahme des Architekten unmissverständlich deutlich machen, dass sie sich auf technische und ggf. wirtschaftliche Fragen beschränkt. Die erforderliche Gesamtabwägung durch den Auftraggeber sollte dokumentiert sein.

Fazit

Architekten und Ingenieure sollten sich, auch wenn sie manchmal anderer Meinung sind, auf ihr Fachwissen beschränken. Sie sind keine Juristen und sie sollten ihrem Auftraggeber auch nicht mit vorschnellen, unausgewogenen und ggf. falschen Aussagen einen anderen Eindruck vermitteln. Fehler können immer passieren. Unterläuft einem Architekten/Ingenieur bei einer bautechnischen Einschätzung ein schadensträchtiger Fehler, springt die Berufshaftpflichtversicherung ein. Überschreitet er seinen rechtlich zulässigen Tätigkeitsbereich, setzt er sich einem nicht versicherten Haftungsrisiko aus.

Kostenloser Eignungstest

Auftraggeber sollten Möglichkeit der Präqualifikation stärker nutzen!



Jürgen Mika, Geschäftsführer Verein für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V., Bonn

Bereits im Jahr 2005 wurde in Deutschland das Amtliche Verzeichnis für die Präqualifikation von Bauunternehmen (PQ-VOB) eingeführt. Trotz der rechtlichen Verankerung in der VOB/A, dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und dem Sozialgesetzbuch (SGB) wird dieses digitale Verzeichnis von den öffentlichen Auftraggebern nicht vollumfänglich genutzt und es bestehen Unsicherheiten im rechtlichen Kontext.

Die Ausgangslage

Bereits im Jahr 2005 wurde die Präqualifikation (PQ-VOB) von Unternehmen für öffentliche Bauaufträge in Deutschland in der VOB/A verankert. Ziel war die vorgelagerte, auftragsunabhängige Prüfung der Eignungsnachweise gemäß VOB/A.

Die Veröffentlichung der präqualifizierten Unternehmen erfolgt abschließend in der Internetliste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. unter www.pq-verein.de. Die zentrale Online-Präqualifikations- und Auskunftsdatenbank für die Präqualifikation PQ-VOB für Bauleistungen wird deutschlandweit angeboten.

Die PQ-Datenbank enthält alle Unternehmen, die von den sechs zugelassenen Stellen für die Präqualifikation von Bauunternehmen auf ihre Eignung (Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit) überprüft worden sind. Hierbei sind alle Daten digital abrufbar. PQ-VOB ist in die E-Vergabepattformen der einzelnen Bundesländer integriert (aktuell in vier Bundesländern, die übrigen sollen bis Ende des Jahres eingebunden sein).

Für die Überwachung der eingestellten Daten ist der Verein für die Präqualifikation von Bauunternehmen e. V. verantwortlich – dessen Vorstand wird unter Führung des Bundesministeriums für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwe-