

Beitrag in der Festschrift für Professor Rudolf Jochem zum 70. Geburtstag  
„Architektenrecht aktuell – Verantwortung und Vergütung bei Architektenleistungen“  
2014, Seiten 467 ff.

**Lena Rath**

Rechtsanwältin

Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht

## **Der Aufgabenbereich des Architekten bei der öffentlichen Vergabe von Leistungen nach neuer HOAI**

oder: hemmungslose Entgrenzung der Architektur?

(nach Meinhard von Gerkan)

Der Jubilar hat sich Zeit seines Lebens mit viel Engagement für die freien Berufe eingesetzt – für den Stand der selbständigen Rechtsanwälte wie auch der Architekten. Ein solches Engagement ist hinsichtlich der Veränderungen in der Gesetzgebung besonders hervorzuheben. Stetig ansteigende berufliche Anforderungen schrauben nicht nur das Haftungsrisiko weiter in die Höhe, sondern werfen auch die Frage auf, was der Architekt zu leisten im Stande ist. Es gibt Karren, vor die er sich im eigenen Interesse nicht spannen lassen sollte.

### **I. Neue HOAI bringt neue Anforderungen**

Mit der seit dem 17.07.2013 in Kraft getretenen neuen HOAI steigen die Anforderungen an die Architekten. Die neuen Grundleistungen der Leistungsphasen 6 und 7 gemäß Anlage 10 zu § 34 Abs. 4 und § 35 Abs. 7 HOAI (i.d.F. 2013) erweitern das Feld der Tätigkeiten um einige signifikante Punkte.

Während nach alter HOAI (i.d.F. 2009) bei der Leistungsphase 6 die Leistungsbeschreibung im Zentrum stand, kommen nach neuer HOAI insbesondere das Aufstellen eines Vergabeterminplans und die Kostenermittlung sowie -Kontrolle auf Grundlage bepreister Leistungsverzeichnisse hinzu. Die Leistungsphase 7 wird unter anderem durch das Erstellen von Vergabevorschlägen und der Dokumentation des Vergabeverfahrens erweitert. Damit stellen die Neuerungen eine besondere Herausforderung für die Architekten dar, welche für einen öffentlichen Auftraggeber tätig sind und diesen bei der Beschaffung von (Bau-)Leistungen unterstützen.

Auch wenn es sich bei der HOAI um reines Preisrecht handelt, so ist es den Vertragsparteien aufgrund der Vertragsfreiheit überlassen, die Leistungsbilder der HOAI zur Grundlage ihres Vertrages zu machen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (Urteil vom 26.07.2007, VII ZR 42/05) stellen sie dann eine Auslegungshilfe zur Bestimmung der vertraglich geschuldeten Architektenleistung dar.

Für den vom öffentlichen Auftraggeber beauftragten Architekten dürften die sich somit aus dem Vertrag ergebenden Leistungspflichten eine besondere Herausforderung oder gar eine nur schwer zu schulternde Belastung darstellen. So setzt das Aufstellen eines Vergabeterminplans vertiefte Kenntnisse des Vergaberechts voraus. Viele unterschiedliche Fristen, die den Zeitablauf vorrangig bestimmen, ergeben sich sowohl aus dem Gesetz als auch den Vergabeverordnungen.

Auch bei dem Führen von Bietergesprächen und der Dokumentation des Vergabeverfahrens sind vergaberechtliche Vorgaben zu beachten. Verstöße gegen das Vergaberecht können nicht nur dazu führen, dass sich der öffentliche Auftraggeber in einem Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer verantworten, sondern unter Umständen auch Fördermittel zurückzahlen muss (vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 20.04.2012, 4 A 1055/09; EuGH, Urteil vom 21.12.2011, Rs. C-465/10). Aufgrund des damit einhergehenden Zeitverlustes, der die gesamte Baumaßnahme beeinflussen kann, und der entstehenden Kosten versucht dieser anschließend nicht selten, den „Schuldigen“ zu finden und damit meist den Architekten wegen der entstandenen finanziellen Nachteile in Anspruch zu nehmen.

Der Architekt setzt sich mit seiner Tätigkeit für einen öffentlichen Auftraggeber aufgrund der vielen unübersichtlichen Regelungen und Entscheidungen der Vergabekammern und -Senate zum Vergaberecht einem erhöhten Haftungsrisiko aus, wenn er sich zum „Manager“ des Vergabeverfahrens aufschwingt.

## **II. Darf der öffentliche Auftraggeber auf eine solche Vertragsgestaltung (unbeschränkt) zurückgreifen?**

Der öffentliche Auftraggeber verlangte schon in der Vergangenheit und zu Zeiten der alten HOAI, dass der Architekt Leistungen erbringt, die sich aus den Vergabeordnungen ergeben und bei denen es sich um ureigene Aufgaben der Vergabestelle handelt. Die verschiedenen Rechtsquellen des Vergaberechts weisen jedoch nur einem die Verantwortung für das Vergabeverfahren zu, nämlich dem öffentlichen Auftraggeber. Vor diesem Hintergrund ist die Frage gerechtfertigt, ob der öffentliche Auftraggeber zur Übertragung solcher aus dem Vergabeverfahren resultierenden Aufgaben auf den Architekten überhaupt berechtigt ist und welche Rolle die HOAI dabei spielt.

Das Vergaberecht und die HOAI stehen grundsätzlich nebeneinander und betreffen ganz unterschiedliche Rechtsmaterien. Während das Vergaberecht die öffentliche Auftragsvergabe regelt, bestimmt die HOAI als reines Preisrecht die Berechnung der Vergütung für die Leistungen der Architekten und Ingenieure mit Sitz in Deutschland. Eine Schnittstelle entsteht erst durch vertragliche Vereinbarung der Leistungsbilder (vgl.



Diercks, Auswirkungen des Vergaberechts auf Bau-, Architekten- und Ingenieurverträge, BauR 1a/2004, 149). Im Preisrecht der HOAI finden sich mit den kurz dargestellten Neuerungen der Grundleistungen nun Aufgaben wieder, die eigentlich dem öffentlichen Auftraggeber vergaberechtlich zugewiesen wurden.

### 1. Der öffentliche Auftraggeber führt das Vergabeverfahren

Das deutsche Vergaberecht besteht aus einem komplizierten Geflecht aus Vorschriften des Wettbewerbsrechts, die im Europarecht verankert sind, und dem Haushaltsrecht. Marktöffnende Richtlinien der Europäischen Union wurden zuletzt durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und gemäß der Ermächtigungsgrundlagen §§ 97 Abs. 6 und 127 GWB in der Vergabeverordnung (VgV) und den Vergabeordnungen umgesetzt.

Adressat sämtlicher Vorschriften ist der öffentliche Auftraggeber. Im vierten Teil des GWB heißt es zur Vergabe öffentlicher Aufträge gemäß § 97 Abs. 1: „*Öffentliche Auftraggeber* beschaffen Waren, Bau- und Dienstleistungen nach Maßgabe der folgenden Vorschriften im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren.“ Die Eigenschaft, öffentlicher Auftraggeber zu sein, ist also persönliche Voraussetzung zur Anwendung der VOB/A. Nur diese werden vom Anwendungsbereich umfasst (Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, Teil 2, § 6, Rn. 4).

Auch die VgV lässt keinen Zweifel an dem Adressatenkreis. In § 6 Abs. 1 VgV heißt es zur Vergabe von Bauleistungen, dass *Auftraggeber* bei der Vergabe von Bauaufträgen die Vergabe- und Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB/A) anzuwenden haben.

Konsequenterweise findet sich dies auch in der VOB/A wieder. In § 2 VOB/A heißt es zu den Grundsätzen, dass *der Auftraggeber* erst dann ausschreiben soll, wenn alle Vergabeunterlagen fertig gestellt sind und innerhalb der angegebenen Fristen mit der Ausführung begonnen werden kann. Er ist nach § 7 VOB/A auch für die Beschreibung der Leistung verantwortlich und muss nach § 8 VOB/A die Vergabeunterlagen zusammenstellen.

Der Hinweis auf die *ausschließliche Verantwortlichkeit* des Auftraggebers war in den alten Fassungen der Vergabeordnungen auch noch ausdrücklich enthalten. Durch das GWB erübrigte sich der Eingang in die neuen Fassungen jedoch. Resultierend aus dem darin ausdrücklich formulierten Transparenzgebot sowie der verfassungsrechtlichen Forderung nach Wahrung der Zuständigkeitsordnung zur Sicherung demokratischer Legitimation und Verantwortlichkeit, schien die Gefahr, dass der öffentliche Auftraggeber seine Verantwortung auf Dritte zu delegieren versucht, weitgehend gebannt. Den Bietern offenbarte sich nicht nur zur Sicherung hinreichenden Vergaberechts-

schutzes aus dem Wortlaut der Vorschriften, wen sie für die Vergabeentscheidung verantwortlich machen können (vgl. Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, Teil 4, § 2, Rn. 7).

## **2. Das Übertragen von Leistungen auf einen Dritten**

Damit obliegt dem öffentlichen Auftraggeber zwar die Verantwortung, nicht jedoch die Pflicht dieser in ausschließlicher Eigenleistung nachzukommen. Die mit dem Vergabeverfahren einhergehenden umfangreichen Aufgaben konnte der öffentliche Auftraggeber schon im Hinblick auf die Einmaligkeit mancher (Bau-)Projekte mangels Fachpersonals gar nicht leisten.

Dass er also mit dem Erstellen der Leistungsbeschreibung einen Architekten beauftragte und diese Aufgabe vertraglich delegierte, ist sinnvoll und steht dem Vergaberecht grundsätzlich nicht entgegen. Das technische Knowhow über die zu beschaffende Bauleistung liegt beim Architekten und bildete bislang auch im Preisrecht den Schwerpunkt der Leistungsphase 6. Der Einkauf derartig fachspezifischer Leistungen durch den öffentlichen Auftraggeber ist also durch eine ordnungsgemäße Erfüllung der Aufgaben gerechtfertigt und erforderlich, damit er seiner Verantwortung gerecht werden kann.

Er kann mit der Leistungsbeschreibung nicht nur das „Kernstück“ des Vergabeverfahrens delegieren, sondern auch weitere aus dem Verfahren resultierende Aufgaben auf Auftragnehmer übertragen. Anhaltspunkte, die einer solchen Annahme entgegenstehen, lassen sich weder den vergaberechtlichen Vorschriften noch der Rechtsprechung entnehmen. Solche Aufgaben waren seit jeher klassisches Betätigungsfeld der Rechtsanwälte sowie auch Projektsteuerer. Das Oberlandesgericht München hat dies in seinem Beschluss vom 25.07.2013 (Verg 7/13) zur Delegation der Vergabedokumentation an den Projektsteuerer erst wieder bestätigt.

Das Übertragen von Aufgaben geht jedoch nicht mit der vollständigen Abgabe der Verantwortung einher. Die durch Gesetz zugewiesene Verantwortung erhebt die Vergabestelle zur so genannten „Herrin des Vergabeverfahrens“. Sie kann sich zur Durchführung eines Vergabeverfahrens zwar der Hilfe von Dritten bedienen, die über qualifizierten Sachverstand verfügen. Es ist jedoch nicht zulässig, die Verantwortung für die Vergabe an diesen Dritten zu übertragen (OLG München, Beschluss vom 29.09.2009, Verg 12/09).

Ein klassisches Beispiel ist das Anfertigen von Vergabevorschlägen durch einen vom öffentlichen Auftraggeber damit beauftragten Architekten. Ein solcher Vergabevorschlag – so auch das Oberlandesgericht München – vermag die erforderliche eigenständige und zu dokumentierende Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers nicht



zu ersetzen. Die wesentlichen Schritte des Vergabeverfahrens muss der öffentliche Auftraggeber selbst verantworten (Eschenbruch, Grenzen der Tätigkeit eines Projektsteuerungsbüros im Vergabeverfahren, IBR 2009, 723).

Werden dem Architekten nun vermehrt durch vertragliche Vereinbarung und Bezugnahme auf die Leistungsbilder der neuen HOAI aus dem Vergabeverfahren resultierende Aufgaben zugewiesen, so verbleibt die Kernkompetenz für die Durchführung des Verfahrens dennoch beim öffentlichen Auftraggeber. Hierauf sollte der Architekt seinen Auftraggeber aufgrund eigener Haftungsrisiken hinweisen, sollte dieser wieder einmal versucht sein, diffizile Entscheidung das Vergabeverfahren betreffend abzuwälzen, und die an ihn herangetragene Verantwortung, deren Tragweite er aufgrund des komplexen Gebiets des Vergaberechts nicht überblicken kann, auch nicht übernehmen.

### 3. Die Delegation an den richtigen Partner

Die neue Ausgestaltung der Leistungsbilder der HOAI (i.d.F. 2013) suggeriert, dass es sich bei den Architekten um die richtigen Auftragnehmer und geeigneten Vertragspartner für die fachkompetente Lösung verschiedener Aufgaben des Vergabeverfahrens handelt. Auf dieselbe Art und Weise wie der Architekt erfahrungsgemäß schon bisher – mit einer beinahe unerklärlichen Selbstverständlichkeit – vom öffentlichen Auftraggeber in Anspruch genommen wurde, das Vergabeverfahren in seine Hand zu nehmen, findet diese Vorgehensweise nun Eingang in die neue HOAI. Dass dies politisch gewollt ist, geht aus der Begründung des Referentenentwurfs vom Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi) hervor. Dort heißt es auf Seite 163 zur Leistungsphase 7:

„Die ... *Verhandlung mit Bietern* wird nunmehr ... *Führen von Bietergesprächen* genannt, da bei öffentlichen Auftragsvergaben Verhandlungen mit Bietern nicht bei allen Vergabearten zulässig sind.“

Der Architekt soll die Vergabestelle also auch dahingehend entlasten und insofern weitere Aufgaben als bisher übernehmen, was schließlich die Anhebung der Honorarsätze der neuen HOAI rechtfertigen soll (vgl. Bundesrat, Verordnung der Bundesregierung, HOAI, Drucksache 334/13).

Dabei bestehen berechtigte Zweifel daran, dass der Architekt diesem Anspruch überhaupt gerecht werden kann. Wenn die Vergabestelle sich selbst die Kompetenz abspricht, die ihr per Gesetz zugewiesenen Aufgaben zu erfüllen, was verleitet sie zu der Annahme, dass der Architekt diese aufweist? Ist der öffentliche Auftraggeber berechtigt einen solchen Auftragnehmer überhaupt mit derartigen Aufgaben zu beauftragen?

**a) Die Leistungsfähigkeit des Architekten nach dem Maßstab des Vergaberechts - gebietet das Vergaberecht insofern doch eine Einschränkung?**

Der Vertrag zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Architekten kommt ebenfalls nach vergaberechtlichen Vorschriften, nämlich auf Grundlage der VOF zustande. Grundlegende Prinzipien und Anforderungen des Vergaberechts finden sich in § 2 VOF. Nach § 2 Abs. 1 VOF werden Aufträge an *fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen* vergeben. Dabei darf kein Unternehmen diskriminiert werden. Zudem sollen gemäß § 2 Abs. 4 VOF kleinere Büroorganisationen und Berufsanfänger angemessen beteiligt werden.

Dass bei einem freischaffenden Architekten die Eignungsanforderungen der Fachkunde und Leistungsfähigkeit im Hinblick auf die Anforderungen eines Vergabeverfahrens erfüllt sind, darf bezweifelt werden.

aa) Eigentlich sind Auftragnehmer, die bestimmte grundlegende Voraussetzungen für eine ordnungsgemäße Ausführung des Auftrags nicht erfüllen, auszuschließen. Für die Eignungsfeststellung sind von dem öffentlichen Auftraggeber zunächst Mindestanforderungen aufzuzeigen, was auch für den zu übertragenden erweiterten Aufgabenkreis des Architekten gelten muss. Anhand dieser ist dann die Fachkunde des Architekten zu prüfen. Fachkunde bezeichnet diejenigen Kenntnisse, Erfahrungen und Fertigkeiten, die für die ordnungsgemäße Ausführung des konkreten Auftrags erforderlich sind (Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, Teil 1, § 97, Rn. 113). Der Architekt muss bei der Erstellung eines Vergabeterminplans also die Vielzahl der Vorschriften kennen, aus denen sich bestimmte Erfordernisse für den einzuhaltenden Zeitablauf ergeben. Dabei muss er auch die internen Abläufe des öffentlichen Auftraggebers, die letztlich zu einer Vergabeentscheidung führen, kennen.

Es muss wohl davon ausgegangen werden, dass jedenfalls die Grundlage der Kenntnisse des Architekten zunächst aus dessen Ausbildung resultieren. Zwar mag er die eine oder andere Vorlesung im Recht und auch Fortbildungsveranstaltungen besucht haben oder sich durch Zeitungen und Datenbanken auf dem Laufenden halten, doch ist dies keine Grundlage, das Vergaberecht im Rahmen seiner Tätigkeit verlässlich anzuwenden, ohne Verstöße zu riskieren. Gesetzgebung und Rechtsprechung sind kompliziert und vielschichtig. Ein grober Überblick reicht für eine Fortbewegung im sicheren Fahrwasser nicht aus.

Erfahrungen und Fertigkeiten wird er gegebenenfalls im Laufe seiner Karriere sammeln und entwickeln, jedoch beruhen auch diese nicht auf einer fundierten Basis, sondern sind dem Zwang der selbstverständlichen Inanspruchnahme durch



den öffentlichen Auftraggeber geschuldet, heute Planer, Projektsteuerer und gar Rechtsberater in einer Person zu sein.

- bb) Leistungsfähig ist ein Auftragnehmer im Sinne der VOF, wenn er in technischer, kaufmännischer, personeller und finanzieller Hinsicht so ausgestattet ist, dass er den Auftrag ordnungsgemäß erledigen kann (Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, Teil 1, § 97, Rn. 116). Da der Aufwand im Rahmen der Leistungsphasen 6 und 7 erheblich gestiegen ist, wird ein einzelner freischaffender Architekt die Aufgaben sehr schwer (alleine) ordnungsgemäß erfüllen können. Es wird ihm wohl kaum gelingen, die notwendige Fortbildung regelmäßig zu besuchen, wenn er nicht über genügend qualifizierte Mitarbeiter – mit ebenfalls vertieften vergaberechtlichen Kenntnissen – verfügt oder sich juristischen Fachverstand auf diesem Gebiet einkauft.

Der Auftrag wird nicht nur in bautechnischer Hinsicht immer komplexer und schwieriger, sondern auch hinsichtlich der rechtlichen Rahmenbedingungen. Für den Architekten besteht zudem die Gefahr, die Grenzen unzulässiger Rechtsberatung zu überschreiten. Für den Einzelkämpfer kommen öffentliche Aufträge damit praktisch nicht mehr in Betracht, jedenfalls nicht, ohne den Leistungsumfang entsprechend zu begrenzen. Dies steht jedoch im Gegensatz zu den Interessen des öffentlichen Auftraggebers, der ja nun gerade möglichst viel delegieren und gerne Leistungen aus einer Hand erhalten möchte. Hinsichtlich derartiger Vorstellungen spricht Meinhard von Gerkan bei heutiger Betrachtung der Architektur sogar von deren *quasi hemmungsloser Entgrenzung* (Meinhard von Gerkan, Black Box BER, S. 47).

Bei sorgsamer Prüfung und in Kenntnis der ureigenen Aufgaben dürfte der öffentliche Auftraggeber den Einzelkämpfer wegen ungenügender Eignung mit umfassenden Grundleistungen also nicht beauftragen. Der Markt der unerschöpflichen öffentlichen Auftragsvergabe bleibt dem Einzelkämpfer damit verschlossen. Wenn aber nur noch größere Büros in Frage kommen, um die aus dem Vergabeverfahren resultierenden Aufgaben sorgsam zu erfüllen, werden die vergaberechtlichen Prinzipien des Wettbewerbs und der Gleichbehandlung auf den Plan gerufen.

## **b) Die Prinzipien des Vergaberechts bestimmen das Vorgehen des öffentlichen Auftraggebers**

Ziel des Vergaberechts ist die Schaffung eines transparenten Wettbewerbs, in dem alle Teilnehmer gleich behandelt werden. Vor dem Hintergrund der hohen wirtschaftlichen Bedeutung, die das öffentliche Beschaffungswesen in Deutschland und Europa besitzt, sollen öffentliche Aufträge im Wettbewerb vergeben werden (Pünder/Schellenberg,

Vergaberecht, Teil 1, § 97, Rn. 3 u. 43). Die Konkurrenz zwischen wenigen großen Architekturbüros ist damit vergaberechtlich jedoch nicht gemeint. Eine vergleichbare Problematik besteht bei den großen Bauaufgaben und der Vergabe von Planungsleistungen an einen Generalplaner. Auch hier scheut der öffentliche Auftraggeber, kleineren Büros den Marktzugang durch die Bildung von Losen zu gewähren. Dies wäre nach meinem Dafürhalten nicht nur aufgrund der aufgezeigten rechtlichen Erwägungen, sondern auch zur Anerkennung der freien Berufe und dem Besinnen auf ein restriktiveres Berufsbild der Architekten geboten.

### III. Fazit

Für den freischaffenden Architekten gilt bei der Vertragsgestaltung nach dem Inkrafttreten der HOAI (i.d.F. 2013) nun umso mehr, auf die sorgsame Bestimmung seines geschuldeten Leistungsumfangs zu achten und das zu tun, was er kann und seiner Qualifikation entspricht. Die Architekten sind damit aufgerufen, sich fachfremden Anforderungen entgegenzustellen und Architektur nicht zu einem Sammelbecken gescheiterter Realitäten und Wünsche werden zu lassen, wie es Meinhard von Gerkan bereits postuliert.

Aber auch für den öffentlichen Auftraggeber empfiehlt sich, durch die Beauftragung von differenzierten Teilleistungen einen passenden Vertragspartner für die aus dem Vergabeverfahren resultierenden Aufgaben zu finden, sofern er die Aufgaben tatsächlich nicht selbst übernehmen will oder kann. Damit sind auch die Rechtsanwälte aufgerufen, sich zu Wort zu melden.

Lena Rath  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht

Frankfurt, den 26.08.2013