

Martin Weber (Hrsg.)

PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIP **Jahrbuch** **2011**



CONVENT.de
KONGRESSE & SEMINARE

Angemessen vergüten: die Architektenleistung in der Abgebotsphase

Von René Buscher und Barbara Ettinger-Brinckmann

Gemäß § 8 Abs. 8 Nr. 1 Satz 2 VOB/A hat der Auftraggeber „einheitlich für alle Bieter in der Ausschreibung eine angemessene Entschädigung festzusetzen“, wenn er die Ausarbeitung besonderer Unterlagen verlangt. Gleichwohl werden die Leistungen der Bieter im Vergabeverfahren häufig nicht oder nur in geringem Umfang vergütet. Fraglich ist, wie dies unter Wahrung der Interessen der am Verfahren beteiligten Bieter und Berater geändert werden kann.

Die Höhe dieser festzusetzenden Entschädigung ergibt sich aus den üblichen Aufwendungen, die ein Bieter zu machen hat, zu denen auch und insbesondere Aufwendungen für notwendige Planungsleistungen gehören. Deren Höhe folgt aus der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) und ggf. aus der jeweiligen Abrede zwischen Bieter und dem von ihm beauftragten Architekten.

Veränderte Rolle des Architekten

Die klassische Rolle des Architekten ist die an der Seite des Bauherrn. Bei der konventionellen Realisierung öffentlicher Bauvorhaben ist dies der öffentliche Auftraggeber. Der Architekt ist dessen Entwurfsverfasser und Ausführungsplaner. Im Rahmen von PPP-Maßnahmen bleibt die öffentliche Hand zwar in der Regel Nutzerin des zu errichtenden oder sanierenden Gebäudes. Bauherr und Gesamtverantwortlicher für Bau, Unterhaltung und Betrieb des Investitionsobjekts ist aber der private Partner.

Bei diesem handelt es sich in der Bewerbungs- bzw. Angebotsphase häufig um eine Bietergemeinschaft (BiGe) aus verschiedenen Unternehmen. Zur Erarbeitung eines konkurrenzfähigen Angebots muss der Bieter in der Regel den externen Sachverstand eines Architekturbüros mit

einbeziehen. Dabei wird der Architekt in den meisten Fällen nicht Gesellschafter des Bieters, sondern als dessen „Dienstleister“, also Auftragnehmer und Sachwalter, tätig.

Leistungen im Vergabeverfahren

Wie detailliert der Bieter im Vergabeverfahren sein Angebot auszuarbeiten hat, hängt von den durch den öffentlichen Auftraggeber aufgestellten Vergabebedingungen ab und schwankt stark. Weit verbreitet ist aber, bereits in einem frühen Stadium, so z.B. bei der Abforderung der unverbindlichen („indikativ“) Angebote, ganz erhebliche Anforderungen an die Planungstiefe der Angebote der Bieter – so z.B. bis zur Ausführungsplanung (LP4 5 der HOAI) – zu stellen, da nur so (vermeintlich) belastbare Kostendaten ermittelt werden können. Dabei wird nicht selten der Hauptteil der Arbeit bei der Erstellung der Angebote durch den beauftragten Architekten zu erbringen sein. Überspitzt lässt sich sagen, dass der Architekt als zwingende Voraussetzung für das Angebot des Bieters seine gesamte Planungsleistung bereits erbringen muss. Das dem Architekten gegenüber dem Bieter zustehende Honorar hat sich nach



René Buscher ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht in Berlin sowie Mitglied der PPP-Expertenkommission der Bundesarchitektenkammer

Barbara Ettinger-Brinckmann ist freie Architektin in Kassel, Präsidentin der Architekten- und Stadtplanerkammer Hessen sowie Mitglied der PPP-Expertenkommission der Bundesarchitektenkammer.
(Foto Lisa Farkus)

der HOAI und den dort festgesetzten Höchst- und Mindestsätzen zu richten. Grundsätzlich sind diese einzuhalten; § 7 Abs. 3 bestimmt dazu, dass „die in dieser Verordnung festgesetzten Mindestsätze [...] durch schriftliche Vereinbarung in Ausnahmefällen unterschritten werden“ können. Ein PPP-Verfahren ist nicht generell als ein solcher Ausnahmefall anzusehen. Damit hat der Architekt einen Anspruch auf eine der HOAI entsprechende Vergütung für die ihm vom Bieter übertragenen Planungsleistungen, die der Bieter aufgrund der Ausschreibung zu erbringen hat, es sei denn, er verzichtet ausdrücklich auf ein Honorar, etwa für den Fall des Scheiterns der Bewerbung des Bieters.

Vergütungspraxis im Widerstreit

Obwohl § 8 Abs. 8 Nr. 1 Satz 2 VOB/A eine angemessene Entschädigung des Bieters im Vergabeverfahren vorsieht, ist es nach den bisherigen Erfahrungen eher die Ausnahme denn die Regel, dass die Leistungen des Architekten „angemessen“ vergütet werden. Daher ist zunächst eine angemessene Vergütung der Bieter für den regelmäßig erheblichen Bewerbungsaufwand zwingend geboten, gerade in den Fällen, in denen der Bieter nicht den Zuschlag erhält. Diese Entschädigungszahlung für die nicht berücksichtigten privaten Bieter muss den tatsächlichen Bewerbungskosten entsprechen und folglich entsprechend anteilig den Architekten ausgezahlt werden. Denn die VOB/A sieht zwar grundsätzlich die Entschädigung des Bieters vor, eine mittelbare Entschädigung seines Architekten in Höhe der tatsächlich beim Architekten entstandenen Kosten bzw. nach den Sätzen der HOAI erfolgt aber regelmäßig nur dann, wenn der Bieter durch die Honorarzahlgung auch zu entschädigenden Kosten beim Auftraggeber geltend machen kann. Dies muss sich ändern, denn auch die nicht erfolgreichen Bieter müssen verlässlich in die Lage versetzt werden, angemessene Entschädigungen für die am Bieterverfahren beteiligten Architekturbüros ausschütten zu können.

Hat der Architekt, aus welchem Grund auch immer, keinen Honoraranspruch, wenn die Bewerbung fehlschlägt, und geht dann auch bei der Verteilung der Entschädigung leer aus, fällt einem an dieser Stelle das Mindestsatzgebot der HOAI ein. Danach ist es grundsätzlich nicht gestattet, Vergütungsvereinbarungen unterhalb der Sätze der HOAI zu treffen. Fehlt es an einer Vereinbarung, so steht dem Architekten der Mindestsatz zu. Daher erschließt sich scheinbar nicht sofort, weshalb die Vergütung des Architekten durch den nicht berücksichtigten Bieter ein Problem darstellen sollte, hat er doch ungeachtet etwaiger Zahlungen des öffentlichen Auftraggebers an den unterlegenen Bieter einen eigenen Anspruch auf Mindestsatzvergütung gegenüber dem Bieter als seinem Auftraggeber, wenn er nicht selbst darauf verzichtet. Ein solcher Verzicht ist zulässig, denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist – jedenfalls nach der derzeit geltenden Regelung in der HOAI – eine Vereinbarung zwischen privatem Bieter und Architekt dahingehend wirksam, dass eine Vergütung für den Fall der ausbleibenden Beauftragung des Bieters mit der Realisierung des PPP-Projekts nicht gezahlt werden muss.

Leistung mit geringer Vergütung

In der Praxis haben sich mit einer gewissen Selbstverständlichkeit entsprechende Vereinbarungen etabliert. Insoweit stellen sich private Bieter meist auf den Standpunkt, dass ja auch ihnen, wenn die Bewerbung um die Vergabe nicht erfolgreich war, keine – auskömmliche – Vergütung zustehe und es daher auch nur sachgerecht sei, wenn dies auch für die Architekten gelte. Dabei wird freilich übersehen, dass der Architekt – meist – nicht Gesellschafter der Bietergemeinschaft ist bzw. nicht sein darf und folglich, wenn die Bewerbung erfolgreich war, auch nicht an den möglichen Gewinnen partizipiert, sondern nur das ihm nach dem – bedingten – Vertrag zustehende Honorar erhält. Demgegenüber trägt der Architekt nicht selten sogar die Hauptlast bei der Ausarbeitung des Angebots und verfügt in

nahezu allen Fällen auch nicht im Ansatz über die entsprechende wirtschaftliche Beweglichkeit wie etwa ein sich um ein PPP-Projekt bewerbender größerer Mittelständler oder Baukonzern. Auch scheint es eine Besonderheit zu sein, dass zwar von den Architekten im Nichtberücksichtigungsfall der Verzicht auf das Honorar als angemessen verlangt wird, aber wohl niemand, soweit ersichtlich, gleiche „Opfer“ von den bei der Bewerbung um die Vergabe hinzugezogenen Rechtsanwälten oder sonstigen Beratern verlangt.

Eine gewisse Verbesserung der Stellung der Architekten ist bei denjenigen Verfahren zu konstatieren, in denen sich die BiGe vertraglich gegenüber dem Architekten, wenn schon nicht zur Zahlung der Mindestsätze, so doch zur teilweisen oder vollständigen – Weitergabe der gem. § 8 Abs. 8 Nr. 1 Satz 2 VOB/A durch den öffentlichen Auftraggeber gewährten „angemessenen Entschädigung“ des Bieters verpflichtet. Damit wird, zumindest symbolisch, der Aufwand des Architekten honoriert, auch wenn der Zahlbetrag nahezu immer hinter den tatsächlichen Kosten bzw. einer entsprechenden Mindestsatzvergütung zurückbleiben wird. Ob dieses Ergebnis jedoch vereinbar ist mit der vergaberechtlichen Pflicht zur Angemessenheit der Entschädigung, darf man bezweifeln. Eher ist davon auszugehen, dass als Teil der Gesamtbewerbungskosten zumindest das Mindestsatzhonorar nach HOAI zur Ermittlung der „angemessenen“ Entschädigung zugrunde zu legen, jede Unterschreitung dieser Honorierungsvorschrift aber als unangemessen und damit als vergaberechtswidrig anzusehen ist.

Vorschläge zur Verbesserung

Es ist also durchaus wünschenswert, geeignete Strukturen zu implementieren, um die der Leistung der Architekten bei der Erarbeitung von Angeboten im Rahmen der PPP-Vergabe angemessene Vergütung auch zu gewährleisten.

Allen voran wäre es notwendig, neben der erforderlichen Beachtung wirtschaftlicher Aspekte

ein Bewusstsein dafür zu entwickeln, dass die Leistung der Architekten bei der Angebotserarbeitung gerade bei PPP-Projekten einen ganz erheblichen Aufwand erfordert, der entsprechend der HOAI vergütet werden muss. Um diesen Aufwand auf das notwendige Mindestmaß zu reduzieren und damit die Kosten zu begrenzen, sollten die Anforderungen an den Umfang bzw. die Tiefe der Angebote, insbesondere zu Beginn des Vergabeverfahrens, nicht unnötig hoch angesetzt werden. So ist es sicher bei der Abgabe indikativer Angebote nicht erforderlich, vom Bieter – und damit von dessen Architekten – die Erarbeitung detaillierter Raumbücher unter Angabe aller Ausstattungsmerkmale, Klimakonzepte und einer vollständigen Planung der Technischen Gebäudeausrüstung (TGA) zu verlangen. Durch die mit dem Fortgang des Verfahrens verbundene Reduzierung der Bieter würde sich entsprechend der Planungsaufwand pro Verhandlungsrunde vermindern.

Die privaten Bieter sollten keine Unterschiede bei der Vergütung ihrer einzelnen Auftragnehmer machen, die zum Gelingen der Bewerbung beitragen, und alle entsprechend ihrem Aufwand angemessen vergüten. Dies gilt wie bei Vereinbarungen mit beratenden Rechtsanwälten oder Wirtschaftsprüfern auch für die beteiligten Architekten. Für diese sachwidrige Differenzierung und den Druck auf Architekten zum – ggf. bedingten – Verzicht besteht kein Grund. Zumal, wenn hierüber Konsens unter den Bewerbern besteht, die anfallenden Kosten in alle Angebotspreise Hingang fänden und der Wettbewerb nicht verzerrt würde.

Die Architekten sollten unter Hinweis auf die Pflicht des Auslobers, eine angemessene Entschädigung anzubieten, keinen bedingten oder unbedingten Verzicht auf ihr HOAI-gemäßes Honorar vereinbaren, da sie durch diesen Verzicht nicht dem Bieter nutzen – denn der erhält entsprechend weniger Entschädigung –, sondern dem Auslober zu kostenlosen Planungsleistungen verhelfen.

Ein weiterer wünschenswerter Schritt wäre, in § 8 Abs. 8 VOB/A näher zu spezifizieren, was als „angemessen“ gelten soll, wobei dies auf Kosten des unbestimmten und damit auslegungsbedürftigen Rechtsbegriffes ginge und damit neuere Entwicklungen nicht mehr durch Auslegung ohne Weiteres unter die Norm subsumiert werden könnten. Solange dies nicht erfolgt ist, bleibt die Beurteilung der „Angemessenheit“ im Einzelfall den Gerichten bzw. der Versuch einer abstrakten Definition den einschlägigen Kommentierungen, die in letzterem Fall nicht selten von Partikularinteressen geleitet sind, vorbehalten.

Schließlich spricht einiges dafür, § 7 HOAI um einen Passus zu ergänzen, der aufschiebend oder auflösend bedingte Honorarvereinbarungen als

Umgehung des Mindestsatzgebots verbietet.

Denn es ist nur schwer nachzuvollziehen, weshalb es den Parteien einer Vereinbarung über die Erbringung von typischen Architektenleistungen zwar verboten sein soll, festgelegte Mindestsätze zu unterschreiten, nicht aber, die Fälligkeit eines Honorars vom Eintritt einer ungewissen Bedingung abhängig zu machen und damit ggf. ganz auf null zu reduzieren. Denn die Intention des Gesetzgebers bei der Einführung des Ermächtigungsgesetzes für die HOAI war es, eine Minderung des Umfangs und der Qualität der Leistung durch Unterschreitung der Mindestsätze zu verhindern. Diese droht aber umso mehr, wenn ein Totalausfall des Honorars sogar wahrscheinlich ist.