

PRIVATE AUFTRAGGEBER UND VOB/A-AUCH EINE HAFTUNGSFALLE FÜR ARCHITEKTEN

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.08.2011 — Aktenzeichen: 27 W 1/11

Leitsatz

1. Wer als privater Auftraggeber bei der Durchführung einer Ausschreibung die Einhaltung der VOB/A zusagt, ist daran gebunden.

2. Bietern, die Verstöße gegen die VOB/A geltend machen, können dies auch unterhalb der europarechtlichen Schwellenwerte vor Gericht überprüfen lassen. Dem privaten Auftraggeber kann zunächst per einstweiliger Verfügung bis zu einer mündlichen Verhandlung ein Vertragsabschluss untersagt werden, um diesen Primärrechtsschutz effektiv zu gestalten.

Sachverhalt

Ein privater Auftraggeber schrieb Bauleistungen öffentlich aus und verwies dabei auf das Regelwerk der VOB/A. Ein Bieter möchte einen Verstoß gegen § 7 Abs. 1 VOB/A rügen, weil den Bietern ein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werde.

Als der Auftraggeber hierauf nicht reagiert, beantragt der Bieter eine einstweilige Verfügung, mit welcher er dem Auftraggeber untersagen will, auf der Grundlage der bisherigen Vertragsunterlagen einen Vertrag abzuschließen.

Entscheidung

Beim OLG Düsseldorf hat der Antrag insoweit Erfolg, als zumindest eine Zwischenverfügung ergeht. Der Auftraggeber darf den Auftrag solange nicht vergeben, bis eine mündliche Verhandlung vor dem OLG Düsseldorf stattgefunden hat, damit nicht während der Entscheidungsphase schon abschließende Fakten geschaffen werden.

Auch unterhalb der EU-rechtlichen Schwellenwerte billigt das OLG Düsseldorf eine direkte Eingriffsmöglichkeit der Bieter in das Vergabeverfahren zu (sogenannter „Primärrechtsschutz“). Durch die Einbeziehung der VOB/A kommt ein vorvertragliches Schuldverhältnis zwischen Auftraggeber und den Bietern zustande, aus dem sich vertragliche Rechte auf Einhaltung der Vorgaben der VOB/A herleiten lassen. Anders als noch vor einigen Jahren kann der übergangene Bieter nicht erst später Schadensersatzansprüche geltend machen, sondern er kann mittels einstweiliger Verfügung versuchen, die Einhaltung der VOB/A zu erzwingen.

Dies gilt auch, wenn es sich um einen privaten Auftraggeber handelt.

Praxishinweis

Unterhalb der Schwellenwerte gilt nicht das besonders ausgestaltete Vergabebeschwerdeverfahren mit dem Rechtsweg zu den Vergabekammern und dann zum Oberlandesgericht. Nach anfänglichem Zögern hat sich inzwischen wohl die Auffassung durchgesetzt, dass auch unterhalb der Schwellenwerte ein direkter Rechtsschutz auf Einhaltung der VOB/A besteht, und zwar durchsetzbar mit einstweiligen Verfügungen.

Das ist aus den letzten Jahren allerdings schon bekannt. Wirklich interessant am Beschluss des OLG Düsseldorf ist, dass auch private Auftraggeber an die VOB/A gebunden sind, wenn sie diese in der Ausschreibung zugrunde legen.

Für den planenden Architekten oder Ingenieur ist es von durchschlagendem Interesse, vorher genau zu wissen, ob die VOB/A zwingend Anwendung findet. Unterhalb der Schwellenwerte ist das bei Unternehmen in privatrechtlicher Form grundsätzlich nicht der Fall, weil der Begriff des „öffentlichen Auftraggebers“ hier von der Rechtsform her gedacht ist. Auch eine kommunale GmbH muss also im ersten Ansatz die VOB/A nicht anwenden. Selbstverständlich kann die Einhaltung der VOB/A aus verschiedenen Gründen verlangt sein, sei es von den Gesellschaftern oder im Bereich der Fördermittel vom Fördermittelgeber. Beachtet der Architekt diese Grundsätze nicht, kann er sich schadensersatzpflichtig machen.

Umgekehrt gilt aber das gleiche, wenn er für Private bei der Ausschreibung die Regeln der VOB/A ohne Not zur Ausschreibungsgrundlage macht. Dies passiert sogar bei Auftraggebern, die mit der öffentlichen Hand überhaupt nichts zu tun haben, weil beispielsweise Architekten, die viel mit öffentlichen Vergaben zu tun haben, einfach ihre Formulare in das andere Verfahren mitnehmen.

Die schlechte Nachricht ist dann: Wer sich auf die VOB/A verpflichtet, muss sie auch einhalten. Es ist also denkbar, dass eine private Firma plötzlich mit einstweiligen Verfügungen vor Gericht überzogen wird, weil sie entgegen § 15 Abs. 3 VOB/A Nachverhandlungen über Preise geführt hat. Ein privater Auftraggeber wird meistens nicht amüsiert sein, wenn er aufgrund der Ausschreibungsformulare seines Architekten plötzlich „öffentliche Hand“ spielen soll.