

existieren. Denn der 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in dem der vergaberechtliche Rechtsschutz nach §§ 155 ff. GWB geregelt ist, gilt nicht für Ausschreibungen unterhalb der EU-Schwellenwerte. So sieht beispielsweise Baden-Württemberg keine landesrechtlichen Primärrechtsschutzbestimmungen vor, um sich gegen Verstöße bei der Vergabe zu wehren. Dementsprechend gilt auch § 160 III GWB nicht, der die Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens im Regelfall von der Einlegung einer vorherigen Rüge abhängig macht. Das Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte ist reines Haushaltsrecht und damit kein Gesetz mit Außenwirkung, auf das sich unterlegene Bieter berufen können. Daraus folgt, dass der einzelne Bieter kein subjektives Recht auf Einhaltung der nationalen Vergabevorschriften hat. Mangels Vorliegen von landesspezifischen Vergaberechtsschutzbestimmungen kann daher die Argumentation einer möglichen Präklusion von Schadenersatzansprüchen nicht verfangen, wonach ein unterlegener Bieter den Abschluss seines Angebots zuvor zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens hätte machen müssen. Ferner wäre der Einwand eines möglichen Mitverschuldens unbegründet.

VI. Fazit

Auch wenn die Entscheidung des *BGH* einerseits Klarheit für die Vergabepaxis geschaffen hat, weckt sie andererseits ein inneres Störgefühl. Denn einem unterlegenen Bieter, der in einem öffentlichen Ausschreibungsverfahren einen Vergaberechtsverstoß erkennt, aber nicht gerügt und keinen Nachprüfungsantrag gestellt hat, sollte es nicht gestattet sein, diesen Fehler nachträglich in einem Schadenersatzprozess vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen.

Zwar sind die Hürden für den Erfolg einer auf den Ersatz des entgangenen Gewinns gerichteten Schadenersatzklage für einen vermeintlich rechtswidrig übergangenen Bieter sehr hoch; ihm obliegt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Zuschlag bei ordnungsgemäßem Verlauf des Vergabeverfahrens auf sein Angebot hätte erteilt werden müssen. Die Möglichkeit zur unmittelbaren Schadenersatzklage eröffnet jedoch dem ordnungsgemäßen Geschäftsgebaren widersprechende Anreize. Denn ein „gewiefter“ Bieter kann nun nach dem Grundsatz „dulde und liquidiere“ handeln und – ohne in der Absicht den Zuschlag auf sein Angebot zu erhalten – seinen vermeintlichen entgangenen Gewinn einklagen. Im Erfolgsfall entstehen für den öffentlichen Auftraggeber dabei unvorhergesehene und teils erhebliche Mehrkosten. Dies gilt insbesondere bei großvolumigen Auftragsvergaben.

Als Korrektiv kann dem klagenden Bieter nur noch ein mögliches Mitverschulden vorgehalten werden, um den grundsätzlich bestehenden Schadenersatzanspruch zu kürzen oder entfallen zu lassen. Öffentliche Auftraggeber sind daher gut beraten, bereits keine anspruchsbegründenden Tatsachen im Sinne eines eigenen Verschuldens nach § 280 I BGB zu schaffen, die einen Schadenersatzanspruch gerichtet auf den entgangenen Gewinn begründen. Umgekehrt sollten Bieter auf eine Rüge nicht verzichten, um nicht in einem späteren Schadenersatzprozess gegen den Auftraggeber unter dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens zu verlieren. Dies gilt umso mehr, da in den bislang entschiedenen Fällen der auf den entgangenen Gewinn gerichtete Schadenersatz im Rahmen der Haftungsverteilung nach § 254 BGB entweder vollumfänglich zugesprochen oder gänzlich abgelehnt wurde. ■

Literatur

Kommentar zur HOAI. Gesamtdarstellung zum Architekten- und Ingenieurrecht. Hrsg. von *Horst Locher, Wolfgang Koebler* und *Werner Frik*. – Köln, Werner Verlag, 14. Aufl. 2020. 1652 S. ISBN 978-3-8041-5331-8, geb., 229 Euro.

Der HOAI von *Locher/Koebler/Frik* ist eine Institution und eine Marke. Einer näheren Vorstellung des nunmehr in 14. Auflage erschienenen und von *Koebler Locher* und *Zahn* bearbeiteten Kommentars bedarf es nicht. Es handelt sich um einen Standard-Kommentar, der die anwaltliche und gerichtliche Praxis prägt.

Die 14. Auflage muss neue Entwicklungslinien aufgreifen. Die Vorboten des Wegfalls der HOAI als zwingendes Preisrecht kommen bereits seit der 13. Auflage im Titel des Kommentars zum Ausdruck, der nunmehr den Untertitel „Gesamtdarstellung zum Architekten- und Ingenieurrecht“ aufweist. Die Konzentration auf eine alleinige Kommentierung der Honorarvorschriften der HOAI wäre in der Tat ein Wagnis, nachdem der *EuGH* mit Urteil vom 4.7.2019 (NZBau 2019, 511) die Mindest- und Höchstsätze der HOAI als europarechtswidrig kassiert hatte. An die vom *Rezensenten* bereits 2015 prognostizierte Götterdämmerung der HOAI (Editorial, NZBau 2015, 457) wollte die Praxis lange Zeit nicht glauben. Die Beharrungskräfte innerhalb der Architekten- und Ingenieurgemeinschaft waren zu groß. Nunmehr geht es um eine Neuausrichtung. Für den Kommentar von *Locher/Koebler/Frik* ist indessen die Zeitenwende nicht so bedrohlich wie vielleicht für den einen oder anderen HOAI-Kommentar, da der Kommentar eine über 400-seitige Gesamt-

darstellung zum Architekten- und Ingenieurrecht beinhaltet, die bisher zurückhaltend mit „Einleitung“ überschrieben ist. Dort findet der Praktiker, was er braucht, nämlich eine klare, detaillierte, verständliche Darstellung des Architekten- und Ingenieurrechts. Diese „Einleitung“ war schon bislang ein zuverlässiger Ratgeber zu allen Vertragsfragen im Architekten- und Ingenieurrecht. Sie zeichnet die aktuelle Rechtsentwicklungen, insbesondere die Rechtsprechung, zuverlässig nach. Das gilt etwa auch für die neuen Vorschriften des BGB zum Architekten- und Ingenieurvertrag (§§ 650 p ff. BGB) und die Rechtsprechung zur Kostenobergrenze.

In der Einleitung des Kommentars werden das *EuGH*-Urteil vom 4.7.2019 und dessen Folgen von den Verfassern eingehend besprochen, insbesondere die Auswirkungen auf bereits in der Vergangenheit abgeschlossene Verträge und Rechtsstreite, die bislang von den Oberlandesgerichten noch unterschiedlich bewertet werden (auf den in diesem Heft unter Nr. 6 abgedruckten *BGH*-Vorlagebeschl. v. 14.5.2020 [NZBau 2020, 447] wird verwiesen). Die Autoren sind der Auffassung, dass sich die Entscheidung des *EuGH* ausschließlich auf die Mindest- und Höchstsätze der HOAI bezieht. Nicht betroffen seien Verträge ohne Honorarvereinbarung, für die weiterhin § 7 V HOAI gelte. Für die Zukunft sei der Verordnungsgeber berechtigt, einen Regelsatz einzuführen. Denkbar wäre auch die Einführung eines Honorarrahmens, der nicht verbindlich sei. Die Thesen der Verfasser zu den Auswirkungen auf laufende Verträge und zukünftige Entwicklungen sind weitestgehend nachvoll-

ziehbar und überzeugend. Allerdings ist die HOAI nach bisherigem Verständnis ein reines Preisrahmenrecht. Der Preisrahmen ist inzwischen für europarechtswidrig und unwirksam erklärt worden. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die HOAI als Rechtsverordnung überhaupt eine ausreichende Grundlage hat. Die verbliebenen und vom *EuGH* nicht explizit für unwirksam erklärten Vorschriften sind letztlich nur Eckpfeiler eines Honorarberechnungsmodells, welches der Einhaltung der Mindest- und Höchstsätze dient. Vor diesem Hintergrund sind sie nach der Auffassung des Rezensenten keine Honorarvorschriften, die bei anderweitigen (immer schon zulässigen) Vergütungsabreden, wie Zeithonoraren oder Pauschalhonoraren, anwendbar wären. Die HOAI wird in Zukunft nur noch insoweit gelten, als die Vertragsparteien hierauf im Rahmen ihrer Vertragsfreiheit als Berechnungsmodell für Honorarermittlung Bezug nehmen.

Bei aller Detailkritik an den Honorarregelungen der HOAI für die einzelnen bislang preisgebundenen Planungsbereiche hat sich das Berechnungsmodell der HOAI als ein mögliches Honorarmodell für die Ermittlung von angemessenen Honoraren für Architekten und Ingenieure bewährt. Das gilt insbesondere für Auftraggeber, die standardisiert Architekten- und Ingenieurleistungen für eine Vielzahl von Bau- und Immobilienprojekten vergeben. Das Berechnungshonorarmodell befreit die Vertragsparteien davon, in jedem Einzelfall Überlegungen zu einem projektangemessenen Honorar für Architekten- und Ingenieurleistungen zu entwickeln. Auftraggeber können vielmehr auf eine bereitliegende Berechnungsform Bezug nehmen und nach Wegfall der Mindest- und Höchstsätze auch ihnen genehme Modifizierungen vornehmen, die durch die Besonderheiten des jeweiligen Projekts gerechtfertigt sind.

Der HOAI-Kommentar von *Locher/Koebler/Frik* wird dementsprechend nicht nur für Altfälle, sondern für die zu erwartenden vielen Fälle relevant sein, in denen die Vertragsparteien freiwillig ein Berechnungshonorar nach den Honorarermittlungsparametern der HOAI wählen. Dabei ist letztlich gleichgültig, ob eine der HOAI vergleichbare, nicht bindende Honorarordnung zukünftig vom Ordnungsgeber empfohlen oder von anderweitigen Institutionen weitergeführt wird. Eine Honorarberechnungsmethode, wie sie die HOAI vorsieht, wird auch in der Zukunft Orientierung geben können und den Marktbeteiligten gute Dienste leisten. Überdies ist der Wert der Leistungsbilder der HOAI unbestritten, und es ist gerade ein wesentlicher Verdienst des Kommentars, die für die Praxis so bedeutsamen Leistungsbilder der Flächen- und Landschaftsplanung, der Objektplanung und der Fachplanung ausführlich und zuverlässig zu kommentieren. Der Kommentar besticht insoweit durch die Klarheit und die Zuverlässigkeit der Kommentierung zu den einzelnen Leistungsbildern und hebt sich damit deutlich von Konkurrenzprodukten ab. Da die Leistungsbilder unabhängig davon, ob das Honorarrecht der HOAI weiterhin Bestand haben wird, in der vorliegenden oder vielleicht geringfügig modifizierten Form in der Praxis weiterhin Verwendung finden werden, behält der Kommentar von *Locher/Koebler/Frik* auch insoweit seine für die Praxis herausragende Bedeutung.

Kurzum: Die Vertragspraxis hat die Schockwellen, die vom Urteil des *EuGH* vom 4.7.2019 ausgingen, bis heute nicht vollständig bewältigt. Unabhängig davon, ob die HOAI als Preisrecht überhaupt noch aufrechterhalten werden kann, bleibt die Bedeutung des Kommentars von *Locher/Koebler/Frik* für die Praxis erhalten. Die Darstellung zum Architekten- und Ingenieurrecht ist nach wie vor hochaktuell und ein brauchbarer Ratgeber für jeden Marktbeteiligten, der mit Architekten- und Ingenieurfragen zu tun hat. Die Ausführungen zum Honorarberechnungsmodell entsprechend der bisherigen HOAI werden in der Zukunft auch für viele Auftraggeber Bedeutung haben,

die sich an diesem Berechnungsmodell orientieren wollen. Letztlich hat die detaillierte Kommentierung der Leistungsbilder eine Qualität, die diesen Kommentar auch zukunftsfähig macht.

Die 14. Auflage des Kommentars zur HOAI von *Locher/Koebler/Frik* ist der Praxis dementsprechend wie die Voraufgaben uneingeschränkt zu empfehlen. Das Buch setzt Maßstäbe für alle Fragen zum Architekten- und Ingenieurrecht.

Rechtsanwalt Professor Dr. Klaus Eschenbruch, Düsseldorf

Vergaberecht. Systematische Darstellung für Praxis und Ausbildung. Von *Martin Burgi*. – München, Verlag C.H.Beck, 2. Aufl. 2018. XXVII, 320 S., ISBN 978-3-406-72456-5, kart., 39,80 Euro.

Die Literatur zum Vergaberecht ist inzwischen fast genauso schwer zu überschauen wie die mannigfaltigen Entwicklungen in diesem weiterhin dynamischen Rechtsbereich. Umso wichtiger und wertvoller sind daher „Leuchttürme“, die einem eine erste und zielführende Orientierung geben können. Dazu gehört sicherlich auch *Martin Burgis* „Handbuch“, das nunmehr in der 2. Auflage erschienen ist. Geschuldet ist die Neuauflage nach nur 18 Monaten nach Erscheinen der Erstauflage nicht nur der hohen Nachfrage, wie der Autor zu Recht mit Stolz im Vorwort vermerken kann, sondern auch dem Umstand, dass sich seit der Reform von 2016 Einiges in der Rechtsprechung getan hat. Ebenso wird die Neuauflage von der zwischenzeitlich erlassenen, aber beileibe noch nicht allerorten eingeführten Unterschwellenvergabeverordnung (UVgO) angestoßen worden sein. Die mit rund 300 Seiten sehr kompakte „Systematische Darstellung für Praxis und Ausbildung“ wendet sich an die Studierenden in einschlägigen Schwerpunktbereichen sowie an Referendare. Dazu sind die Fallbeispiele mit Lösungsvorschlägen sehr hilfreich. Aber auch fortgeschrittene Praktiker wie Mitglieder von Vergabekammern und Gerichten sowie Verantwortliche in Beschaffungsstellen von Bund, Ländern, Kommunen und öffentlichen Unternehmen können aus dem exzellent geschriebenen Buch einen erheblichen Nutzen ziehen. Firmenjuristen aus Unternehmen, die an öffentlichen Aufträgen interessiert sind, erhalten ebenfalls eine sichere und praktisch umsetzbare Orientierung. Auch für die vertiefte Auseinandersetzung mit einzelnen Themen eignet sich das Werk als Basis. Insoweit sind die weitergehenden Literaturverweise am Ende der jeweiligen Kapitel äußerst nützlich.

Dem Ziel des hohen Nutzwerts entspricht auch der Aufbau, der sich neben der Darstellung der Grundlagen und verschiedener Sondermaterien am Ablauf des Vergabeverfahrens orientiert. Die Sonderbereiche wie die Vergabe im Gesundheits- und Sozialwesen oder in den Sektoren sowie die Konzessionsvergabe werden so ausführlich dargestellt, dass der nach Orientierung suchende Praktiker einen guten Einstieg erhält. Hervorzuheben ist die umfassende Darstellung des Rechtsschutzes, was gerade für die Vertreter der Bieterseite hilfreich ist. Hier beschränkt sich der Autor lobenswerter Weise nicht nur auf den Primärrechtsschutz, sondern gibt auch Hilfestellungen für das Durchsetzen von Schadensersatz oder die Abwehr von Rückforderungsansprüchen der Zuschussgeber wegen vermeintlicher (oder tatsächlicher) Vergaberechtsverstöße. Abgerundet wird dieses gelungene Werk durch eine Darstellung des Haushaltsvergabe-rechts, das heißt der Vergaben im Unterschwellenbereich, was nach dem Geschmack des Rezensenten etwas ausführlicher sein könnte. Hier wird man auf die nächste Auflage gespannt sein dürfen, in die dann sicherlich die ersten Erfahrungen mit der Umsetzung der Unterschwellenvergabeverordnung einfließen werden.

Rechtsanwalt Professor Wolfgang E. Trautner, Frankfurt a. M.