



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 77/14

Verkündet am:
19. April 2016
Hartmann
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Westtangente Rüsselsheim

GWB §§ 102 ff.; VOF 2006 § 15 Abs. 1, 2, § 24 Abs. 3; VOF 2009 § 13 Abs. 2, 3, § 20 Abs. 3

Hat sich ein Architekt oder Ingenieur an einem nach der Vergabeordnung für freiberufliche Dienstleistungen durchgeführten, dem Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen unterliegenden Vergabeverfahren beteiligt, in dem für über die Bearbeitung der Angebotsunterlagen hinausgehende Leistungen eine pauschale Vergütung als abschließende Zahlung vorgesehen ist, kann er die Bindung an diese Vergütung nur durch Rüge gegenüber dem Auftraggeber und Einleitung eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens beseitigen. Unterlässt er dies, stehen ihm keine weitergehenden Honoraransprüche für die in Rede stehenden Leistungen zu. Das gilt unabhängig davon, ob eine Vergütung als zu gering und deshalb nicht angemessen i. S. von § 13 Abs. 3 VOF 2009 beanstandet wird, oder ob der Auftraggeber nach Ansicht des Bieters im Vergabeverfahren als Angebot nach der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure mit einem höheren Betrag zu vergütende Lösungsvorschläge für die Planungsaufgabe verlangt hat.

BGH, Urteil vom 19. April 2016 - X ZR 77/14 - OLG Frankfurt am Main
LG Darmstadt

ECLI:DE:BGH:2016:190416UXZR77.14.0

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. März 2016 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck, die Richter Gröning und Dr. Bacher sowie die Richterinnen Schuster und Dr. Kober-Dehm

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen den Beschluss des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 23. Juli 2014 wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin beteiligte sich in Bietergemeinschaft mit einem Ingenieurbüro an dem im Jahre 2008 EU-weit bekannt gemachten und auf der Grundlage der Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen, Ausgabe 2006, eingeleiteten Vergabeverfahren der Beklagten "Planungsleistung Eisenbahnüberführung als Süd-West-Erschließung der Innenstadt auf dem ehemaligen Opel-Werksgelände in Rüsselsheim". Nachdem die Beklagte im Verlauf des Verfahrens wegen technischer, planerischer und rechtlicher Bedenken vom ursprünglich vorgesehenen Ansatz Abstand nehmen musste, verständigte sie sich mit allen Beteiligten in einem Bieterkolloquium darauf, das Vergabeverfahren in den Stand vor Angebotsabgabe zurückzusetzen und es den Bietern zu ermöglichen, im laufenden Verfahren Angebote zu der nunmehr favorisierten Ausgestaltung einzureichen. Die neuen Angebote sollten eine Projektstudie umfassen. Der vom Berufungsgericht in Bezug genommenen, die Aufgabenstellung und

Anforderungen betreffend Unterlage (K5) zufolge sollte die Projektstudie umfassen:

- in einem kurzen Erläuterungsbericht auf bis zu zehn Seiten (DIN A4) in Anlehnung an RAB-Ing zusammengefasste Erläuterungen zu Entwurf, Konstruktion und Zugängigkeit der Konstruktionsteile, Ausstattung, Entwässerung, Baudurchführung sowie Gestaltungs- und Abbruchkonzept (Unterlage A);
- eine auf bis zu 5 Seiten (DIN A4) zusammengefasste Kostenschätzung in den Hauptgruppen Erd-, Unter- und Überbau sowie Abbruch jeweils mit maßgeblichen Mengen und Massen und zugehörigen Einheitspreisen nebst auf einen Betrachtungszeitraum von 20 Jahre bemessener Darlegung der auf den Lösungsvorschlag voraussichtlich entfallenden jährlichen Wartungs- und Unterhaltskosten (Unterlage B);
- statische Vorbemessung, getrennt in Unter- und Überbau sowie Teilabbruch, so dass die prinzipielle Ausführbarkeit erkennbar ist und für die wesentlichen Tragglieder eine überschlägige Bemessung auf bis zu 5 Seiten (DIN A4-Format) vorliegt (Unterlage C);
- Visualisierung des Gesamtbauwerks (Brücke, denkmalgeschütztes Gebäude E 23), Grundriss des Gesamtbauwerks mit Anbindung an die Kreisel sowie Längsschnitt mit Widerlagern und Pfeilern ohne Überhöhung sowie wesentliche Querschnitte, erläuternde Skizzen und Detailzeichnungen nach freier Wahl im geeigneten Maßstab (Unterlage D in maximal drei bis vier Plänen im A0-Format).

2 Die Vergabeunterlagen sahen des Weiteren als Entschädigung der Teilnehmer bzw. Bearbeitungsgebühr für die Erarbeitung der Projektstudie und sämtliche Nebenkosten die Zahlung von 6.000 € einschließlich Umsatzsteuer vor.

3 In der Folge gab es Nachfragen und Beanstandungen der Bieter unter anderem wegen der Höhe der Entschädigung. Die Beklagte übermittelte den beteiligten Bietern den Katalog der eingegangenen Fragen und ihre dazugehörigen Antworten (Schreiben vom 26. März 2010, K6, Anlagenband Bl. 37 ff.). Darin heißt es:

"... Wir weisen darauf hin, dass Rechtsgrundlage für die Erstellung der Planungsstudie ausschließlich § 24 Abs. 3 VOF ist.

Der Auftraggeber führt insbesondere keinen Planungswettbewerb nach § 25 VOF durch; ...

Gemäß § 24 Abs. 3 VOF sind Lösungsvorschläge der Bewerber nach den Honorarbestimmungen der HOAI zu vergüten, wenn der Auftraggeber außerhalb eines Planungswettbewerbs Lösungsvorschläge für die Planungsaufgabe verlangt.

Insoweit ist zunächst vorzuschicken, dass die für die Erstellung der Projektstudie notwendigen Leistungen keinesfalls die Qualität und den Umfang aufweisen sollen, wie dies bei vergleichbaren Planungsleistungen beispielsweise gemäß den Anlagen ... zum Architekten- und Ingenieurvertrag geschuldet ist. Der Auftraggeber fordert also ausdrücklich nicht, dass Planungsleistungen, die erst mit dem Abschluss des Architekten- und Ingenieurvertrages erbracht werden sollen, bereits im Rahmen der Erstellung der Projektstudie zu leisten sind.

Der Auftraggeber verkennt auf der anderen Seite nicht, dass mit der Erstellung der Projektstudie die Erbringung von Leistungen verbunden ist, die zu einem geringen Teil beispielsweise den Bereichen Grundlagenermittlung und Vorplanung zugeordnet werden könnten. Vor diesem Hintergrund hat sich der Auftraggeber entschlossen, für die Erarbeitung der Projektstudie und die Übertragung der Verwertungsrechte ... 6.000 € ... zu zahlen.

In Bezug auf die Höhe der Entschädigung ist hinsichtlich der Angemessenheit in Rechnung zu stellen, dass die Erarbeitung der Projektstudie ... zu Zwecken der Akquisition erfolgt. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass der öffentliche Auftraggeber den Ersteller der Projektstudie mangels vertraglicher Vereinbarungen nicht in Regress für etwaige Fehler oder Mängel nehmen kann ..., er auch die Übergabe der Projektstudie nicht erzwingen kann, da ein Auftragsverhältnis ... gerade noch nicht besteht, ... Drittens muss bei der Beurteilung der Angemessenheit der vorgesehenen Entschädigung berücksichtigt werden, dass ... es weithin im Ermessen der Teilnehmer des Verhandlungsverfahrens steht, mit welchem Aufwand sie die Erarbeitung der Projektstudie betreiben wollen.

..."

4

Nach Erhalt dieser Stellungnahme beanstandete die Bietergemeinschaft (im Folgenden nur: die Klägerin) gleichwohl die Auskömmlichkeit der Entschädigung (K6, Anlagenband Bl. 36). Die Beklagte erläuterte ihr daraufhin ihre Vorstellungen zu Umfang und Bearbeitungstiefe der Studie und erklärte dazu unter

anderem, sie erwarte weder in Bezug auf den Umfang noch hinsichtlich der Bearbeitungstiefe "HOAI-konforme Leistungen" (Anlage B2, GA I Bl. 138 ff.).

5 Nachdem die Klägerin nicht den Zuschlag auf ihr Angebot erhielt, verlangte sie von der Beklagten für ihre Planungsleistungen bei der Projektstudie unter Anrechnung der Bearbeitungsgebühr auf der Grundlage der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure einen Betrag von 250.955,84 €. Ihre mangels Zahlung erhobene Klage hat das Landgericht abgewiesen. Die dagegen eingelegte Berufung hat das Berufungsgericht zurückgewiesen (OLG Frankfurt am Main, VergabeR 2015, 827 mit Anm. Deckers). Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihren Zahlungsanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

6 I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet.

7 Aus dem gesamten Verhandlungsverfahren sei für die Beteiligten klar gewesen, dass die Beklagte jedem Teilnehmer nur die Bearbeitungsgebühr von 6.000 € zahlen wolle, zumal sie erkennbar darum habe bemüht sein müssen, den Kostenaufwand zu begrenzen. Dagegen habe die Klägerin sich, abgesehen von ihrer einmaligen Beanstandung der Nichtauskömmlichkeit, nicht gewandt, sondern sich mit den Rahmenbedingungen für die Projektstudie ausweislich ihrer Erklärung im Angebotsschreiben, die Vergabeunterlagen auf Vollständigkeit und Widersprüchlichkeiten hin durchgesehen zu haben, ausdrücklich einverstanden erklärt. Etwas für sie Günstigeres könne die Klägerin auch nicht aus ihrem Hinweis im Angebotsschreiben herleiten, Bestandteil ihres Angebots und auch Grundlage für die von ihr kalkulierten Honorare sei die Honorarordnung für

Architekten und Ingenieure 2009 in der bei Angebotsabgabe geltenden Fassung, auch wenn die Beklagte hierauf geschwiegen habe.

8 Gegen die Verbindlichkeit der Bearbeitungsgebühr als abschließende Regelung könne die Klägerin nach Treu und Glauben nicht mit Erfolg einwenden, dabei handele es sich um eine die Mindestsätze der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure unterschreitende und deshalb unverbindliche Pauschalpreisvereinbarung, zumal die Beklagte nach ihren Hinweisen keine HOAI-konformen Leistungen erbracht haben wollte.

9 II. Gegen diese Beurteilung wendet die Revision sich im Ergebnis ohne Erfolg. Ein der Höhe nach unmittelbar aus den Bestimmungen der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (vgl. § 4 Abs. 1, 4 HOAI 2002, § 7 Abs. 1, 7 HOAI 2009) hergeleiteter Honoraranspruch besteht nicht, weil ein entsprechender Vertrag über die Erbringung von Planungsleistungen noch nicht geschlossen ist, sondern das von der Beklagten eingeleitete Vergabeverfahren bestimmungsgemäß erst zum Abschluss eines solchen Vertrages führen sollte. Davon geht auch die Klägerin aus, die ihren Anspruch dementsprechend auf § 24 Abs. 3 VOF 2006 i. V. mit der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure stützt. Auch hieraus ergibt sich der geltend gemachte Anspruch jedoch nicht, weil die Klägerin sich bindend mit der die Vergütungsansprüche aller Teilnehmer auf 6.000 € begrenzenden Entschädigungsklausel einverstanden erklärt hat.

10 1. Die Entschädigungsklausel ist nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen Bestandteil von Vergabeunterlagen (Anlagen K4 und K5), die die Beklagte in einem dem Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen unterfallenden Vergabeverfahren verwendet hat. Die üblicherweise vom Auftraggeber vorformulierten Vergabeunterlagen können auch im für die Vergabe freiberuflicher Dienstleistungen einschlägigen Verhandlungsverfahren nicht nur die Beschreibung der nachgefragten Leistung, sondern

auch Bedingungen für deren Vergabe und die rechtsgeschäftliche Seite der Auftragsvergabe betreffende Regelungen enthalten (vgl. BGH, Urteil vom 3. April 2012 - X ZR 130/10, VergabeR 2012, 724 Rn. 10 - Straßenausbau). Letztere beziehen sich typischerweise zumeist zwar auf Einzelheiten der Vertragserfüllung, während die hier interessierende Entschädigungsklausel den rechtlichen Rahmen für die Ausarbeitung des Angebots und damit die Teilnahme am Vergabeverfahren betrifft. Das ist aber lediglich dem häufig gerade für das Angebot von Architekten- und Ingenieurleistungen typischen Umstand geschuldet, dass diese sich einerseits nicht durch bloße Ausarbeitung der von den Auftraggebern stammenden Angebotsunterlagen hinreichend anschaulich darstellen lassen und dass die Bieter nach den Wertungen der Vergabeordnung vom Auftraggeber andererseits etwaige deshalb geforderte zusätzliche Leistungen nicht kostenlos sollen erbringen müssen (vgl. § 15 Abs. 2 VOF 2006 [wortgleich mit § 13 Abs. 3 VOF 2009, im Folgenden nur: § 13 Abs. 3 VOF], § 24 Abs. 3 VOF 2006 [entspricht § 20 Abs. 3 VOF 2009, im Folgenden nur: § 20 Abs. 3 VOF]) und die Vergabeunterlagen deshalb eine Vergütungsregelung vorsehen.

- 11 In einem Vergabeverfahren eingereichte Angebote haben als rechtsgeschäftliche Willenserklärungen des Bieters spiegelbildlich den sich aus den Vergabeunterlagen des Auftraggebers ergebenden Inhalt (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juni 2008 - X ZR 78/07, VergabeR 2008, 782 Rn. 10 - Nachunternehmererklärung). Gehört zu den Vergabeunterlagen eine Vergütungsregelung, erklärt der Bieter dementsprechend konkludent als Bestandteil seines Angebots sein Einverständnis mit dieser Regelung. Der rechtsgeschäftliche Erklärungsgehalt geht demgegenüber regelmäßig nicht dahin, dass neben dem Angebot, die ausgeschriebene Leistung erbringen zu wollen, in Bezug auf bestimmte über die Ausarbeitung der Angebotsunterlagen hinausgehende Leistungen ein gesonderter Vertrag geschlossen wird (in diesem Sinne aber Franzius in: Pünder/Schellenberg HK-Vergaberecht, 2. Aufl., § 13 VOF Rn. 11). Dementsprechend sind die Bieter auch hinsichtlich einer in den Vergabeunterlagen vor-

gesehenen Bearbeitungsgebühr an ihr vorbehaltlos abgegebenes Angebot gebunden und können sich, nachdem sie den Zuschlag nicht erhalten haben und die ausgeschriebene Leistung deshalb nicht zu den dafür vereinbarten oder mangels Vereinbarung geltenden Vereinbarungen ausführen können, grundsätzlich nicht im Nachhinein darauf berufen, die Vergütung sei gemessen an Art oder Umfang der verlangten Unterlagen i. S. von § 13 Abs. 3 VOF zu gering oder es seien der Sache nach Lösungsvorschläge für die Planungsaufgabe i. S. von § 20 Abs. 3 VOF verlangt worden, die nach der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure mit einem höheren Betrag zu vergüten seien.

12 2. Das Berufungsgericht hat die Regelung in den Vergabeunterlagen betreffend die Bearbeitungsgebühr in rechtlich nicht zu beanstandender Weise aus der maßgeblichen Sicht der angesprochenen Bewerber dahin ausgelegt, dass damit eine der Höhe nach abschließende Vergütung für die Erstellung der Projektstudie festgelegt werden sollte. In diesem Sinne sind die Vergabeunterlagen von Teilnehmern des Vergabeverfahrens und namentlich auch von der Klägerin auch verstanden worden. Wie sich nämlich aus den vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Bieteranfragen (K8) ergibt, wurde die angebotene Entschädigung in Anbetracht des Bauvolumens für bei weitem zu gering erachtet und die Beklagte zur Korrektur aufgefordert. Die Klägerin hat die Nichtauskömmlichkeit der Entschädigung sogar ausdrücklich noch gerügt, nachdem die Beklagte die Gründe für ihre Festsetzung auf 6.000 € erläutert hatte. Dies deutet darauf hin, dass die Erklärung der Beklagten hinsichtlich der Vergütung für die Ausarbeitung der Angebote als abschließend verstanden wurde.

13 Ein abweichendes Verständnis des rechtsgeschäftlichen Erklärungsinhalts der Vergabeunterlagen in diesem Punkt ergibt sich nicht aus dem Antwortschreiben der Beklagten auf die erwähnten Bieterfragen. Das Berufungsgericht hat darin vielmehr in rechtlich nicht zu beanstandender Weise eine Bestätigung dafür gesehen, dass die Entschädigungsklausel abschließenden Charakter haben sollte. Es hat den von den Revisionsangriffen hervorgehobenen ein-

leitenden Hinweis in diesem Schreiben, Rechtsgrundlage für die Erstellung der Planungsstudie sei ausschließlich § 20 Abs. 3 VOF, in den Gesamtzusammenhang der zwischen den Parteien getroffenen Regelungen und Vereinbarungen im Rahmen des Vergabeverfahrens gestellt und darin rechtsfehlerfrei keinen dem abschließenden Charakter der Entschädigungsklausel entgegenstehenden Umstand gesehen. Vor dem Hintergrund, dass die mit Vergütungsrügen konfrontierte Beklagte eingangs den rechtlichen Rahmen des Verfahrens dahin erläutert hat, keinen Planungswettbewerb durchzuführen, versteht sich, wovon auch das Berufungsgericht ersichtlich ausgegangen ist, der Hinweis auf § 20 Abs. 3 VOF als Rechtsgrundlage für die Erstellung der Planungsstudie lediglich als abstrakter Hinweis auf die außerhalb eines solchen Wettbewerbs grundsätzlich einschlägigen Vergütungsregelungen und nicht, wie die Revision dies verstanden wissen möchte, als konkrete Zusage der Beklagten, für die Studien das nach der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure mögliche Honorar zu zahlen. Anders ist es nicht zu verstehen, dass, worauf das Berufungsgericht zutreffend abgestellt hat, die Beklagte anschließend die Höhe der Bearbeitungsgebühr mit eingehenden Ausführungen gerechtfertigt und damit ihren Willen unterstrichen hat, es bei der festgelegten Summe bewenden zu lassen.

14 3. Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Klägerin bei dieser Sachlage keine weitere Vergütung durchsetzen kann.

15 a) Die Klägerin hat ihr Angebot zu den in den Vergabeunterlagen vorgegebenen Bedingungen eingereicht und damit konkludent ihr Einverständnis mit der Bearbeitungsgebühr von 6.000 € als abschließender Regelung der Vergütung für die gewünschte Ausarbeitung des Angebots erklärt (vorstehend II 1). Gegenteiliges ergibt sich nicht aus der in ihrem Angebotsschreiben vom 12. Mai 2010 enthaltenen Erklärung, Bestandteil ihres Angebots und Grundlage für die von ihr kalkulierten Honorare sei insbesondere auch die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure in der bei Angebotsabgabe geltenden Fassung. Dies bezieht sich auf den Inhalt ihres Angebots, also die Bedingungen, zu de-

nen der Vertrag im Falle der Auftragserteilung an die Beklagte zustande kommen soll, nicht aber auf die Vergütung der Teilnahme am Vergabeverfahren.

16 b) An ihr (konkludent) erklärtes Einverständnis mit der Bearbeitungsgebühr als abschließende Vergütung für die Angebotserstellung ist die Klägerin gebunden. Diese Bindung kann sie nicht im Nachhinein isoliert beseitigen, nachdem sie sich nach Zurückweisung ihrer Rüge der Nichtauskömmlichkeit der Gebühr durch die Beklagte mit einem Angebot am Vergabeverfahren beteiligt hat und dieses Verfahren im Übrigen abgeschlossen ist.

17 aa) In der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte und in der Fachliteratur wird uneinheitlich beurteilt, inwieweit der Architekt oder Ingenieur im Zusammenhang mit der Ausarbeitung von Angeboten in Vergabeverfahren eine über die vom Auftraggeber zugesagte Pauschale hinausgehende Vergütung geltend machen kann.

18 (1) Nach Ansicht des Brandenburgischen OLG handelt es sich bei solchen Streitigkeiten der Sache nach um die Geltendmachung einer Vergütung, die als bürgerliche Rechtsstreitigkeit vor die ordentlichen Gerichte gehöre (Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 7. Mai 2009 - Verg W 6/09 Rn. 55, juris). Die Oberlandesgerichte Koblenz und München haben eine zu niedrig festgesetzte Vergütung einerseits als vergaberechtlichen Verfahrensverstoß bezeichnet, der gegenüber dem Auftraggeber gerügt und notfalls vor die zuständige Vergabekammer gebracht werden müsse; versäume der Bewerber eine rechtzeitige Rüge dieses Verstoßes, müsse er sich grundsätzlich mit der fehlenden oder zu niedrigen Entschädigung abfinden und könne nicht mehr den Weg vor die Vergabekammer, aber - wegen der Spezialrechtszuweisung nach §§ 102 ff. GWB - auch nicht mehr den Zivilrechtsweg beschreiten (OLG Koblenz, Urteil vom 6. Juli 2012 - 8 U 45/11, VergabeR 2013, 636 ff.; OLG München, Urteil vom 21. Juli 2015 - 9 U 1673/13, VergabeR 2016, 127 ff., Berufungsentscheidung zu LG München I, Urteil vom 21. März 2013

- 11 O 17404/12, VergabeR 2013, 649 ff.; zustimmend Willenbruch/Wieddekind/Harr, Vergaberecht, 3. Aufl., § 20 VOF Rn. 22). Beide Gerichte haben andererseits in den von ihnen zu beurteilenden Fällen, in denen die Vergabeunterlagen zwar pauschale Entschädigungen der Bieter für die Bearbeitung der Angebote vorsahen, diesbezüglich aber ersichtlich keine Rügen erhoben und Nachprüfungsverfahren durchgeführt worden waren, den weitergehenden Honoraranspruch sachlich geprüft und die Klagen mit der Begründung abgewiesen, die tatbestandlichen Voraussetzungen von § 20 Abs. 3 VOF lägen nicht vor. Der Vergabesenat des Oberlandesgerichts München nimmt an, § 20 Abs. 3 VOF sei dritt- und bieterschützend im Sinne von § 107 Abs. 2 GWB und billige dem Bieter nicht nur einen entsprechenden Honoraranspruch gegen den Auftraggeber zu, sondern beinhalte auch eine verfahrensrechtliche Vorgabe für die Durchführung des Vergabeverfahrens (vgl. OLG München, Beschluss vom 20. März 2013 - Verg 5/13, VergabeR 2013, 644, 645).

- 19 (2) In der Fachliteratur wird vertreten, § 20 Abs. 3 VOF sei keine vergaberechtliche Verfahrensvorschrift, sondern eine zivilrechtliche Anspruchsgrundlage und die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens vor Geltendmachung der Vergütung vor dem ordentlichen Gericht nicht angezeigt (vgl. Orłowski, Bau-recht 2012, 1550, 1556) oder gar sinnwidrig, weil die Vergabekammer den Vergütungsanspruch nicht zuerkennen, sondern nur eine vergaberechtswidrige Ankündigung feststellen könne, an die das später angerufene Gericht nicht gebunden sei (Deckers, Vergaberecht 2015, 834, 835). Nach anderer Ansicht kann ein Verstoß gegen § 20 Abs. 3 VOF zwar vor die Vergabekammer gebracht werden, jedoch soll davon die Möglichkeit des Bieters unberührt bleiben, einen Honoraranspruch vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen (Bluhm in: Müller-Wrede, Kommentar zur VOF, 5. Aufl., § 20 Rn. 23 ff., 33). Des Weiteren wird angenommen, dass hinsichtlich der Vergütung von Lösungsvorschlägen für eine Planungsaufgabe vergaberechtlicher Primärrechtsschutz nicht statthaft, sondern der Anspruch auf Vergütung zusätzlicher Planungsleistungen unmittelbar vor den Zivilgerichten durchzusetzen sei (Schweer/Heller, Verga-

beR 2016, 1 ff.; ähnlich Voppel/Osenbrück/Bubert, VOF, 3. Aufl., § 20 Rn. 18 f.).

20 Eine andere Auffassung legt § 20 Abs. 3 VOF ausschließlich vergabeverfahrensrechtlichen Charakter bei (vgl. Stolz, VergabeR 2014, 295, 300). Verlangte der öffentliche Auftraggeber Lösungsvorschläge, ohne sich in den Ausschreibungsunterlagen zu verpflichten, hierfür ein Honorar nach der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure zu zahlen, verstoße er gegen § 20 Abs. 3 VOF. Dieser Verstoß müsse gerügt und bei Nichtabhilfe in einem Nachprüfungsverfahren nach §§ 102 ff. GWB zur Nachprüfung gestellt werden. Anderenfalls fehle es an einer Anspruchsgrundlage für eine Honorierung der Lösungsvorschläge nach der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (Stolz, aaO).

21 bb) Die zuletzt genannte Auffassung trifft im Ergebnis zu.

22 Für eine Zahlungsklage, wie die Klägerin sie hier erhoben hat, ist zwar die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gegeben (§ 13 GVG), und die Zulässigkeit einer solchen Klage hängt auch nicht von der vorherigen Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens nach dem Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ab. Ein Anspruch auf weitere Vergütung steht dem Bieter aber nicht zu, wenn er an die im Vergabeverfahren erfolgte Festlegung einer Bearbeitungsgebühr gebunden ist, weil er diese Festlegung nicht im Nachprüfungsverfahren nach den §§ 102 ff. GWB angefochten hat. Das gilt nicht nur dann, wenn eine Vergütung als zu gering und deshalb nicht angemessen i. S. von § 13 Abs. 3 Satz 1 VOF beanstandet wird, sondern auch dann, wenn der Bieter der Ansicht ist, der Auftraggeber habe im Vergabeverfahren mit dem Angebot Lösungsvorschläge für die Planungsaufgabe i. S. von § 20 Abs. 3 VOF verlangt, die mit dem vorgesehenen Pauschalbetrag nicht HOAI-konform vergütet würden.

- 23 (1) Dem steht nicht entgegen, dass nach § 13 Abs. 3 Satz 2 VOF gesetzliche Gebühren- oder Honoraransprüche unberührt bleiben und Lösungsvorschläge für die Planungsaufgabe nach § 20 Abs. 3 VOF gemäß den Honorarbestimmungen der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure vergütet werden sollen. Zum einen kommen der Höhe nach unmittelbar aus der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure hergeleitete Ansprüche nicht in Betracht, wenn - wie auch im Streitfall - durch die Teilnahme am Vergabeverfahren noch kein Architekten- oder Ingenieurvertrag geschlossen wird. Deshalb geht auch der Hinweis der Revision darauf ins Leere, die Mindestsätze der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure könnten durch vertragliche Vereinbarung nur in engen Grenzen verbindlich unterschritten werden. Zum anderen ergibt sich aus dem Verweis in § 20 Abs. 3 VOF auf die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure nicht, dass mutmaßliche Verstöße gegen diese Bestimmung unabhängig von einem Vergabenachprüfungsverfahren geltend gemacht werden können.
- 24 (2) Setzt sich der Auftraggeber in einem nach dem Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen durchgeführten Vergabeverfahren vermeintlich über § 20 Abs. 3 VOF hinweg, muss dies im Interesse aller Beteiligten vielmehr durch Rüge (§ 107 Abs. 3 GWB) und bei Nichtabhilfe im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren als Vergaberechtsverstoß geltend gemacht werden.
- 25 Die Regelungen der Vergabeordnung für freiberufliche Dienstleistungen gehören in ihrer Gesamtheit, also einschließlich § 13 Abs. 3 und § 20 Abs. 3, zu den bei der Vergabe solcher Leistungen einzuhaltenden Bestimmungen i. S. von § 97 Abs. 6 GWB i. V. mit § 5 VgV. Stehen die Vergabebedingungen Honoraransprüchen entgegen, die grundsätzlich aus der Vergabeordnung für freiberufliche Dienstleistungen hergeleitet werden könnten, muss dies innerhalb des für das Vergabeverfahren vorgesehenen Rechtsschutzverfahrens (§§ 102 ff. GWB) dahin geltend gemacht werden, dass die in den Vergabeunter-

lagen vorgesehene Bindung an eine diesbezügliche Bearbeitungsgebühr als abschließende Entschädigung beseitigt wird.

26 Das gilt ungeachtet des von § 13 Abs. 3 Satz 1 VOF abweichenden Wortlauts auch für § 20 Abs. 3 VOF. Diese Vorschrift ersetzt das in § 13 Abs. 3 VOF normierte Regelungskonzept, wonach sich die einheitlich festzusetzende Vergütung für Entwürfe, Pläne und ähnliche Unterlagen nicht an gesetzlichen Gebühren- oder Honorarordnungen zu orientieren hat, nicht durch ein vollständig abweichendes System, sondern stellt lediglich klar, dass zur Bemessung der Vergütung von Lösungsvorschlägen außerhalb eines Planungswettbewerbs die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure heranzuziehen ist. Daraus ergibt sich aber, wie ausgeführt, nicht, dass die Geltendmachung von Ansprüchen, die aus vermeintlichen Verstößen gegen § 20 Abs. 3 VOF i. V. mit der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure hergeleitet werden, keinen prozessualen Beschränkungen unterliegt.

27 Dieser Regelungszusammenhang kommt in der Neuregelung dieser Gegenstände durch die am 18. April 2016 in Kraft getretene Vergaberechtsmodernisierungsverordnung (BGBl. I S. 624) deutlicher zum Ausdruck als bisher. Nach § 77 Abs. 2 VgV in der Fassung von Art. 1 VergRModVO (im Folgenden: VgV nF) ist für den Fall, dass der öffentliche Auftraggeber außerhalb von Planungswettbewerben über die Erstellung der Bewerbungs- oder Angebotsunterlagen hinaus die Ausarbeitung von Lösungsvorschlägen für die gestellte Planungsaufgabe in Form von Entwürfen, Plänen, Zeichnungen, Berechnungen oder anderen Unterlagen verlangt, einheitlich für alle Bewerber eine angemessene Vergütung festzusetzen. Die Regelung sieht also grundsätzlich gerade auch für die Ausarbeitung von Lösungsvorschlägen eine für alle Teilnehmer einheitliche Bearbeitungsgebühr in der Weise vor, wie dies in § 13 Abs. 3 Satz 1 VOF bisher für zusätzlich verlangte Entwürfe, Pläne, Zeichnungen, Berechnungen oder andere Unterlagen bestimmt war. Zwar sollen auch nach der Neuregelung gesetzliche Gebühren- oder Honorarordnungen unberührt bleiben,

und zwar ersichtlich unabhängig davon, ob die betreffenden zusätzlich erbrachten Leistungen die Qualität von Lösungsvorschlägen für die gestellte Planungsaufgabe haben oder § 13 Abs. 3 Satz 1 VOF unterfallen würden (vgl. § 77 Abs. 2 VgV nF). Auch auf der Grundlage dieser Neuregelung sind weitergehende Vergütungsansprüche aber nicht durchsetzbar, wenn dem die eingegangene Bindung an eine im Vergabeverfahren vorgesehene Bearbeitungsgebühr entgegensteht.

28 (3) Die Bindung an eine als abschließend vorgesehene Bearbeitungsgebühr kann nur durch Änderung der Vergabeunterlagen beseitigt werden.

29 Während eine entsprechende Modifikation im privaten Rechtsverkehr formlos verhandelt werden könnte, muss dies im durch eine mehr oder minder strenge Formalisierung der Vertragsverhandlungen geprägten Vergabeverfahren (BGH, Urteil vom 9. Juni 2011 - X ZR 143/10, BGHZ 190, 89 Rn. 11 - Rettungsdienstleistungen II) im Anwendungsbereich des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen durch Beanstandung der Vergabeunterlagen vor den Nachprüfungsinstanzen (§§ 102 ff. GWB) geschehen, wenn der Auftraggeber, wie hier, zu einer Anpassung nicht bereit ist.

30 Ob eine in den Vergabeunterlagen vorgesehene Bearbeitungsgebühr unangemessen ist bzw. ob die Voraussetzungen für nach § 20 Abs. 3 VOF zu vergütende Lösungsvorschläge für die Planungsaufgabe inhaltlich erfüllt sind, werden die Beteiligten am Vergabeverfahren vielfach kontrovers beurteilen, wobei an das Vorliegen eines Lösungsvorschlags i. S. von § 20 Abs. 3 VOF in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte inhaltlich und formal hohe Anforderungen gestellt werden (vgl. OLG Koblenz, VergabeR 2013, 636, 641 und Urteil vom 20. Dezember 2013 - 8 U 1341/12, BauR 2014, 741 ff. unter II 2 b bb der Gründe; OLG München, VergabeR 2016, 127, 130; vgl. zu formalen Gesichtspunkten aber auch LG München I, VergabeR 2013, 650, 653 unter I 2 h der Entscheidungsgründe). Meinungsverschiedenheiten über diese Streitpunkte

müssen im allseitigen Interesse rechtzeitig vor Fertigung der Angebote ausgeräumt werden.

31 Für den Auftraggeber steht auf dem Spiel, am Ende nicht nur die in Auftrag gegebene Leistung des Ausschreibungsgewinners vergüten zu müssen, sondern darüber hinaus möglicherweise Honorarforderungen seitens aller übrigen Teilnehmer am Vergabeverfahren nur für die Ausarbeitung der Angebote ausgesetzt zu sein, die zumindest in Teilbereichen den Honoraren für die tatsächliche Leistung angenähert sein oder diese sogar erreichen können.

32 Wegen der Ungewissheit über die Rechtmäßigkeit einer angebotenen pauschalen Vergütung ist es aber auch im Interesse der Bieter, hierüber Klarheit zu erzielen, bevor Ausarbeitungsaufwand betrieben wird, der sich im Nachhinein als nicht vergütungsfähig erweisen könnte. Das hat durch Rüge gegenüber dem Auftraggeber und, falls diese zurückgewiesen wird, durch Einleitung eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens zu geschehen. Es wäre dagegen nicht sachgerecht - und stünde im Übrigen auch nicht im Einklang mit der rechtsgeschäftlichen Natur der abgegebenen Erklärungen (oben II 1, 3 a, b) - wenn die Bieter eine in den Vergabeunterlagen festgesetzte Vergütung hinnehmen und sich stillschweigend vorbehalten könnten, gegebenenfalls im Anschluss an das Vergabeverfahren zivilrechtliche Auseinandersetzungen über die Angemessenheit der Bearbeitungsgebühr oder die Voraussetzungen für Ansprüche i. S. von § 20 Abs. 3 VOF zu führen.

33 (4) Der Überprüfung einer festgesetzten Bearbeitungsgebühr in einem vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren steht nicht entgegen, dass die angemessene Vergütung in einem solchen Verfahren möglicherweise der Höhe nach nicht eindeutig bestimmt werden kann.

34 Die Nachprüfungsinstanzen haben lediglich zu prüfen, ob die festgesetzte Vergütung § 13 Abs. 3 VOF oder § 20 Abs. 3 VOF bzw., nach neuem Recht,

§ 77 Abs. 2 VgV nF genügt. Hierbei ist gegebenenfalls auch zu prüfen, ob die Festsetzung in Einklang mit einschlägigen Honorarordnungen steht. Sofern sich die Vergütung als nicht angemessen erweist, ist die Fortsetzung des Vergabeverfahrens zu den angefochtenen Konditionen zu untersagen.

35 Der gesetzliche Rahmen für die Vergabenachprüfung würde hingegen überschritten, wenn die Nachprüfungsinstanzen durch Festsetzung einer von ihnen für angemessen i. S. von § 13 Abs. 3 VOF erachteten Vergütung oder gar des gegebenenfalls nach der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure geschuldeten Honorars anstelle des Auftraggebers auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einwirken wollten (§ 114 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbs. GWB). Das wäre schon deshalb nicht statthaft, weil die vergaberechtlichen Abhilfemöglichkeiten nicht auf eine Anhebung der Vergütung reduziert sind. Vielmehr kann der Auftraggeber, wenn sich im Nachprüfungsverfahren herausstellt, dass er eine unangemessen niedrige Bearbeitungsgebühr festgesetzt hat, ebenso gut bei gleichbleibender Vergütung Abstriche bei den über die Ausarbeitung des Angebots geforderten Unterlagen vornehmen. So zu reagieren wird schon aus haushalterischen Gründen insbesondere dann angezeigt sein, wenn sich im Nachprüfungsverfahren ergibt, dass mit dem bisher konzipierten Angebot der Sache nach Lösungsvorschläge für die Planungsaufgabe verlangt werden, die entsprechend den Honorarbestimmungen der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure mit einem deutlich höheren Betrag als der vorgesehenen Pauschale zu vergüten wären. Der öffentliche Auftraggeber kann in diesem Fall vergaberechtlich nicht an den ursprünglichen Vergabeunterlagen festgehalten und zu einer Vergütung - sämtlicher Teilnehmer - entsprechend der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure gezwungen werden. Vielmehr steht es ihm auch offen, die im Hinblick auf die unzureichende Pauschale nicht vergaberechtskonformen Vergabeunterlagen den im Nachprüfungsverfahren gewonnenen Erkenntnissen anzupassen und seine Leistungsanforderungen in ein angemessenes Verhältnis zu der Vergütung (vgl. § 77 Abs. 2 VgV nF) zu setzen, die er aufbringen kann.

36 (5) Auseinandersetzungen um eine Bearbeitungsgebühr liegen entgegen der Ansicht der Revision auch nicht wegen der berührten speziellen Vergütungsfragen außerhalb des Aufgabenbereichs der vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen.

37 Die Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge betrifft den Anspruch der Unternehmen auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren durch die Auftraggeber sowie sonstige auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichteten Ansprüche gegen öffentliche Auftraggeber (§ 104 Abs. 1, 2, § 97 Abs. 7 GWB). Umfassen die Vergabebedingungen, wie hier, eine Entschädigungsklausel, mag dies atypisch sein, weil für die Einreichung eines Angebots in einem Vergabeverfahren regelmäßig keine Kosten erstattet werden (vgl. § 13 Abs. 2 VOF, § 8 Abs. 8 Nr. 1 VOB/A). Setzt der Auftraggeber eine unangemessene pauschale Vergütung fest, obwohl er über die reine Ausarbeitung des Angebots hinaus die Beibringung von Unterlagen verlangt (§ 13 Abs. 3 Satz 1 VOF) oder Lösungsvorschläge für die Planungsaufgabe abgeltet will (§ 20 Abs. 3 VOF), betrifft dies in der Sache gleichwohl Verstöße gegen Vergabebestimmungen, die nach § 104 Abs. 2 GWB vor der zuständigen Vergabekammer geltend zu machen sind. Dass die vor die Vergabekammern gebrachten Verletzungen vergaberechtlicher Bestimmungen ein breites Spektrum sachlicher Fallgestaltungen betreffen können, hat schon der Gesetzgeber des Vergaberechtsänderungsgesetzes vom 28. August 1998 bedacht und deshalb vorgesehen, dass die ehrenamtlichen Beisitzer der Vergabekammern auch über mehrjährige praktische Erfahrungen auf dem Gebiet des Vergabewesens verfügen sollen (§ 105 Abs. 2 Satz 4 GWB). Das schließt je nach Fall die Möglichkeit ein, auf die Erfahrung von speziell auf dem Gebiet der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen bewanderten Personen zurückzugreifen. Im Übrigen versteht es sich prozessual von selbst, dass auch Vergabekammern ungeachtet der grundsätzlich kurzen Fristen, innerhalb derer sie ihre Entscheidungen zu treffen und zu begründen haben (§ 113 Abs. 1 GWB), Sachverständigengutachten einholen können und

müssen, wenn die für die Entscheidungsfindung erforderliche Sachkunde nicht anders erworben werden kann.

38 c) Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf Anfrage mitgeteilt, dass seine Rechtsprechung dieser Beurteilung nicht entgegensteht.

39 III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Meier-Beck

Gröning

Bacher

Schuster

Kober-Dehm

Vorinstanzen:

LG Darmstadt, Entscheidung vom 23.01.2012 - 1 O 208/11 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 23.07.2014 - 13 U 44/12 -