

VgV-Betreuung durch Architekten, Ingenieure und Projektsteuerer

Keine unerlaubte Rechtsberatung

Vor vier Wochen erschien in der *Staatszeitung* der Beitrag eines Regensburger Fachanwalts für Vergaberecht mit der Kernbotschaft, dass die externe Durchführung und Betreuung von VgV-Verfahren ausschließlich durch Rechtsanwälte erfolgen dürfen. Gestützt hat sich der Autor, der selbst als Betreuer von Vergabeverfahren für öffentliche Auftraggeber auftritt, auf eine Entscheidung des Landgerichts Gießen vom 21. März 2025 (3 O 95/25), welches es einer Vergabestelle untersagt hatte, die Ausschreibung der Verfahrensbetreuung für Planungsleistungen auch an Personen zu richten, die über keine Zulassung zur Anwaltschaft verfügen. Das deckt sich auch mit einem Urteil des LG Magdeburg von 2021. Zuvor hat der Autor die Grundzüge des Rechtsdienstleistungsgesetzes (RDG) referiert und dabei auch das Urteil des BGH vom 9. November 2023 (VII ZR 190/22) berücksichtigt. Darin hatten die Karlsruher Richter eine Vereinbarung wegen Verstoßes gegen § 3 RDG für nichtig erklärt, durch die ein Architekt verpflichtet war, eine von ihm selbst entworfene, der Interessenlage des Bestellers entsprechende Skontoklausel zur Verwendung in den Verträgen mit den bauausführenden Unternehmen zur Verfügung zu stellen.

Klare Unzulässigkeit

Diese Entscheidung, so erfuhr der Leser, sei auch auf VgV-Verfahren zu übertragen. Dabei hat sich der BGH darin gar nicht mit der Verfahrensbetreuung von Vergabeverfahren beschäftigt. Übertragen werden können nur die Grundsätze der gesetzlichen Regelung, zu deren Konturierung der BGH zwar durchaus beigetragen hat, die aber doch so allgemein gefasst sind, dass aus ihnen allein keine klare Unzulässigkeit der vergaberechtlichen Beratung durch technische Dienstleister abgeleitet werden kann.

Ergiebiger ist da schon der Blick in einschlägige Entscheidungen wie jener des LG Magdeburg, das es einer Auftragsberatungsstelle untersagt



Beim Bauen muss so einiges beachtet werden.

FOTO: MONIKA SKOLIMOWSKA

hat, sich um Beratungsaufträge zu bewerben oder an Ausschreibungen zu beteiligen, welche die Prüfung der Vergabeunterlagen hinsichtlich der Einhaltung der Wettbewerbsregeln, der Vermeidung von Diskriminierungsaspekten, der Erteilung von Handlungsempfehlungen und der Sicherung des Gleichbehandlungsgrundsatzes umfassen. Sowohl die Auftragsberatungsstelle in Vergabeverfahren über die Verfahrensbegleitung hinausgehend Leistungen erbringe, die eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordern, sei dies gemäß § 3 RDG nur in dem Umfang zulässig, in dem es durch dieses Gesetz oder durch oder aufgrund anderer Gesetze erlaubt werde.

Auch der Beschluss des LG Gießen betrifft eine VgV-Ausschreibung, hier explizit über Planungsleistungen. Das Gericht hat es einem Auftraggeber untersagt, „die gesamte Vertragsabwicklung“ durch den Dienstleister inklusive der rechtssicheren Prüfung“ und die „rechtssichere Erstellung aller Vertragsunterlagen für die einzelnen Lose“ einschließlich der Bereitstellung eines Planervertrags als Muster auszuschreiben.

Damit scheint die Rechtslage also im Sinne der Fachanwaltschaft geklärt. Doch so

einfach ist es nicht, denn auch wenn der wettbewerbliche Anspruch vieler Vergaberechtsanwälte Berufsfremde gern vor der Tür angebunden sähe, zeigt eine tiefere Analyse Risse und Sollbruchstellen der Argumentation. Während das LG Gießen aufgrund des dortigen Verfassungsverfahrens sich gleich jede Begründung erspart hat, betrachtet zumindest das LG Magdeburg auch die möglichen Ausnahmen, welche die an sich unzulässige Rechtsdienstleistung durch Nichtanwälte erlaubt. Von diesen verdient wenigstens eine Vorschrift gründliche Beachtung, nämlich § 5 RDG. Danach sind Rechtsdienstleistungen im Zusammenhang mit einer anderen Tätigkeit erlaubt, wenn sie als Nebenleistung zum Berufs- oder Tätigkeitsbild gehören. Ob eine Nebenleistung vorliegt, ist nach ihrem Inhalt, Umfang und sachlichen Zusammenhang mit der Haupttätigkeit unter Berücksichtigung der Rechtskenntnis zu beurteilen, die für die Haupttätigkeit erforderlich sind. Das sei eine Frage des Einzelfalls, wie der BGH (Urteil vom 6. Oktober 2011, I ZR 54/10) schon vor Jahren hervorgehoben hat. Im Fall der Auftragsberatungsstelle vermochte das LG Magdeburg

keine andere – nicht rechtliche – Haupttätigkeit zu erkennen, zu der die Rechtsdienstleistung nur im Verhältnis einer Nebenleistung stehen dürfte.

Nicht nur im eingangs erwähnten Beitrag wird die Freigabe der Rechtsdienstleistung für nichtanwaltliche Dienstleister durch § 5 verschwiegen, auch andere Veröffentlichungen übergehen diese zentrale Option gern. Das ist verständlich, weil die Beantwortung der Frage, ob im konkreten Fall eine erlaubte Nebentätigkeit vorliegt, gerade keiner generalisierenden Betrachtung zugänglich ist. Sie war auch lange für die Beurteilung der Zulässigkeit der Vertragserstellung durch Architekten strittig, bis der BGH sie in der oben genannten Skontoklausel-Entscheidung zugunsten der Anwaltschaft beantwortet hat. Damit ist auch klar, dass die Bereitstellung von Vertragsunterlagen im Rahmen eines Vergabeverfahrens nicht an Architekten oder Ingenieure übertragen werden darf.

Rechtliche Kenntnis

Hingegen kann daraus nicht abgeleitet werden, dass die gesamte Vergabebereitung für technische Berater tabu sei. Dem steht nicht weniger als die Rechtsprechung selbst entgegen. So hatte die Vergabekammer des Bundes (VK 2 - 47/21) am 2. Juni 2021 befunden, dass „die selbständige Vorbereitung und Durchführung von nationalen und europaweiten Ausschreibungen für verschiedene Leistungsgegenstände“ durch einen nichtanwaltlichen Dienstleister nach § 5 RDG zulässig ist, weil der Schwerpunkt ausdrücklich in der technischen Abwicklung des Vergabeverfahrens lag und keine Rechtsberatungsleistungen betraf.

Die zu beschaffende Dienstleistung setze zwar entsprechende rechtliche Kenntnisse des Vergaberechts voraus, ohne aber jeweils im konkreten Vergabeverfahren eine besondere, substantielle Beratung beziehungsweise eine dementsprechende vertiefte vergaberechtliche Prüfung für

zulässige Rechtsberatung hinzu auch festgestellt, dass der Bereich der Beschaffungsdiestleistung gegenüber dem Bereich der Rechtsdienstleistung als eigenständiges Fachlos eingeordnet werden kann. Liegen für eine gleichwohl durchgeführte Gesamtvergabe keine wirtschaftlichen oder technischen Gründe vor, riskiert der Auftraggeber ein Rüge- und Nachprüfungsverfahren. Während die als Nebenleistung gemäß § 5 RDG eingeordneten rechtsberatenden Teilaufgaben technisch nicht sinnvoll getrennt werden können, bedarf es keiner zwingenden Mitbeauftragung von rechtsgestaltenden Dienstleistungen. Zum anderen verliert der Auftraggeber bei Verzicht auf technische Dienstleister aber auch deren technische Fachkompetenz, die wiederum nicht bei Rechtsanwälten eingekauft werden kann. So bringen gerade technische Vergabebereater optimale Voraussetzungen dafür mit, die Vergabestelle zu sinnvollen und auf die baubeuruflstechnischen Belange ausgerichtete Eignungs- und Referenzkriterien zu unterstützen. Aufgrund eigener Fachkunde können sie die Vergleichbarkeit von Referenznachweisen besser bewerten als nichttechnische Berufsträger. Dasselbe gilt für die Bewertung der Berufserfahrung des vorgesehenen Bieterpersonals. Geht es etwa um Vergabeverfahren für Bauleistungen, würde schon das Erstellen eines Leistungsverzeichnisses jeden Anwalt vor unlösbar Probleme stellen.

Grautöne bestehen

Es wird bereits kolportiert, dass sich Fachanwälte für Vergaberecht aus diesem Grund mit technischem Personal eindecken. Wenn die enge Verzahnung von Rechts- und Technikfragen zu einem solchen Schritt zwingt, handelt es sich schon um mehr als nur ein Indiz dafür, dass die Sichtweise des Düsseldorfer Vergabesennats trotz aller bestehenden Grautöne bei der Auslegung des RDG ins Schwarze getroffen hat. Eine Dienstleistung, die Qualifikationen außerhalb der juristischen Ausbildung verlangt, kann dann keine verbotene Rechtsdienstleistung sein.

Zu dem gegenteiligen Schluss kommt nur, wer unter Ausblendung wesentlicher Rechtsgrundsätze versucht, sich ein möglichst großes Küchenstück vom Vergabebereitungsmarkt zu sichern. Wenn aber selbst Anwälte eine unvollständige Rechtsdarstellung der umfassenden Beratung vorziehen, delegitimieren sie das sie schützende eigene Berufsrecht. Denn das RDG dient nicht dazu, den Rechtsmarkt abzuschotten. Qualifizierte Vergabebereitung durch Projektsteuerer, Architekten und Ingenieure ist nicht unzulässig.

> WERNER WEIGL, ANDEAS EBERT

Autor Werner Weigl ist zweiter Vizepräsident der Bayerischen Ingenieurkammer-Bau.
Autor Andreas Ebert ist Justitiar der Bayerischen Ingenieurkammer-Bau.