

**Neues aus dem Vergaberecht:
„Keine Planervergaben mehr nach HOAI“**

20. Niedersächsisches Bodenschutzforum
12. November 2019



EuGH-Urteil zur HOAI

- *EuGH, Urteil vom 04.07.2019, Rs. C-377/17*
 - Die EU-Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG stellt in Art. 15 Abs. 3 Bedingungen auf, welche (in Art. 15 Abs. 2) bestimmte nationale Anforderungen an die Erbringung von Dienstleistungen erfüllen müssen.
 - Nach Art. 15 Abs. 2 lit. g) unterfallen auch festgesetzte Mindest- und/oder Höchstpreise diesen Bedingungen.
 - So dürfen die Mindest- und Höchstsätze des § 7 Abs. 1 HOAI nur beibehalten werden, wenn sie die folgenden Bedingungen aus Art. 15 Abs. 3 der Dienstleistungsrichtlinie erfüllen:
 1. Nicht-Diskriminierung.
 2. Erforderlichkeit.
 3. Verhältnismäßigkeit.

EuGH-Urteil zur HOAI

- Höchst- und Mindestpreise gemäß § 7 Abs. 1 HOAI sind nicht erforderlich i.S.v. Art. 15 Abs. 3 der Dienstleistungsrichtlinie und damit EU-rechtswidrig!
- Dabei gesteht der EuGH ein, dass die Mindestsätze der HOAI zwar, wie von Deutschland vorgetragen, zum Qualitätserhalt durchaus geeignet sind.
- Er bemängelt das Verhalten Deutschlands jedoch als inkohärent: So könne sich Deutschland nicht einerseits darauf berufen, dass es Mindestsätze bedürfe um die Qualität der Planungsleistungen zu erhalten und andererseits solche Planungsleistungen als nicht reglementierte Tätigkeiten zulassen.
- Des Weiteren führt das Gericht an, dass Deutschland nicht nachweisen konnte, weshalb weniger einschneidende Maßnahmen, wie die HOAI als bloße Preisorientierungshilfe zu sehen, zur Qualitätssicherung nicht ausreichen.

EuGH-Urteil zur HOAI

Rechtsfolgen

- Wegfall der HOAI-Regelungen für verbindliche Mindest-/Höchstsätze ermöglichen eine umfassend freie Kalkulation.
- Honorarkalkulation der Bieter wird vollumfänglich für Wettbewerb geöffnet.
- Mindest- und Höchstsätze der HOAI gelten allenfalls als unverbindliche Orientierung für Preisverhandlungen.
- Schriftliche Bestands-Verträge mit formal korrekter Honorarvereinbarung bleiben bestehen.

Strittig: Für wen sind die Änderungen ab wann verpflichtend?

- Urteil ist „bloßes“ Feststellungsurteil nach Art. 260 AUEV: Primär ist der deutsche Gesetzgeber gefordert, die entsprechenden Regelungen anzupassen.
- Primär ist der Mitgliedsstaat zur schnellstmöglichen Änderung der Gesetze verpflichtet.
- Für **öffentliche Auftraggeber** ist eine Berücksichtigung der Änderungen durch den Anwendungsvorrang ab sofort notwendig.
- Strittig ist jedoch, ob über eine sog. „unionskonforme Anwendung“ und/oder den „Anwendungsvorrang des Unionsrecht“ die **Gerichte** vor Gesetzesänderung zur Nichtanwendung des § 7 HOAI verpflichtet sind.

Unmittelbare Wirkung für anhängige Mindest- oder Höchstsatzklagen?

- Momentan strittig, ob schon vor Gesetzesänderung § 7 HOAI nicht mehr anwendbar ist. Die Sache ist beim BGH anhängig (BGH VII ZR 174/19).
- Sie ist auch vom LG Dresden beim EuGH vorgelegt worden (Rechtssache C 137/18).
- Bis dahin zwei diametral unterschiedliche Meinungen:
 1. OLG Hamm (v. 23.07.2019 - 21 U 24/18) u. OLG Naumburg (v. 13.04.2017 - 1 U 48/11) - Keine direkte Wirkung des Urteils: Erst wenn die HOAI durch Gesetzgeber geändert wird, verändert sich anwendbare Rechtslage.
 2. VK Bund (30.8.2019 - VK 2-60/19) - Es besteht der „Anwendungsvorrang des EU-Rechts“. Alle staatlichen Stellen müssen dem Urteil Geltung verschaffen, daher ist jetzt schon keine Bindung mehr an Mindest- und Höchstsätze möglich.
 3. Bestätigt durch neue Entscheidung vom OLG Düsseldorf (v. 17.09.2019 - I-23 U 155/18). Demnach liegt ausdrücklich die Pflicht den Verstoß gegen EU-Recht zu beenden bei allen staatlichen Stellen, auch den Gerichten. Die unionsrechtswidrige Norm dürfe nicht mehr angewendet werden.

VK Bund, 30.8.2019, VK 2-60/19 (1)

- Leitsatz: *„Nachdem der EuGH in seinem Urteil vom 04.07.2019 festgestellt hat, dass die BRD dadurch gegen Europarecht verstoßen hat, dass sie verbindliche Honorare für die Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren in der HOAI beibehalten hat, **ergibt sich für einen öffentlichen Auftraggeber das Verbot, die EU-rechtswidrigen Vorschriften der HOAI bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen als Zuschlagskriterium anzuwenden.**“*
- Auftraggeber (Bund) hatte Anfang 2019 (also vor dem EuGH-Urteil) Verhandlungsverfahren mit TW zur Beschaffung von Planungsleistungen veröffentlicht.
- Honorarermittlung sollten die Bieter für einzelne Objekte/ Leistungen nach HOAI vornehmen. Ca. 35 % des Gesamthonorars war HOAI-gebunden, ca. 65 % frei kalkulierbar.
- Preis: 30 %, Qualität: 70 %.

VK Bund, 30.8.2019, VK 2-60/19 (2)

- 3 Angebote: bei den HOAI-gebundenen Leistungen sind alle Angebote HOAI-konform und damit preislich identisch.
- Bieter A und B liegen nahezu gleichauf und haben fast volle Gesamtpunktzahl.
- Auftraggeber vermerkt am 22.7.2019 in Dokumentation, dass das EuGH-Urteil keine Auswirkungen auf das Verfahren habe, da Honorar überwiegend aus frei kalkulierbaren Leistungen besteht, die nicht unter HOAI fallen.
- Bieter A mit 492,95 von möglichen 500 Punkten unterliegt und erhält Absageschreiben vom 25.7.2019 mit einzelnen gewichteten Wertungspunkten für Preis und vier qualitative Wertungskriterien.
- Bieter A rügt die fehlerhafte Bewertung des eigenen Angebots (im Hinblick auf qualitative Kriterien).
- Auftraggeber weist Rüge zurück, Bieter A stellt NP-Antrag vor VK.
- ALLE Verfahrensbeteiligten (Bieter A = Antragsteller, Bieter B = Beigeladene, Auftraggeber = Antragsgegner) erklären das EuGH-Urteil sei irrelevant, weil nur 35 % der Leistungen HOAI-gebunden.

VK Bund, 30.8.2019, VK 2-60/19 (3)

- Entscheidung der VK Bund:
- Das Vergabeverfahren leidet an dem von Amts wegen aufzugreifenden Mangel, dass für die Honorarkalkulation zumindest teilweise das verbindliche HOAI-Preisrecht anzuwenden und vom Auftraggeber vorgegeben war.
- EuGH hat am 4.7.2019 festgestellt, dass das Beibehalten dieser HOAI-Regelungen gegen Europarecht verstößt.
- EU-Recht ist vorrangig und nicht disponibel.
- HOAI-Vorgaben sind nicht mehr anzuwenden.
- Deshalb: Vergabeverfahren muss zurückversetzt werden, um den Bietern eine neue Kalkulation ihrer Angebote unter Beachtung des EuGH-Urteils zu ermöglichen.
- Kalkulation der Bieter hätte nämlich anders ausfallen können, wenn sie die HOAI nicht von vornherein zu Grunde hätten legen müssen.

Folgen für Klagen auf Mindest- und Höchstsätze

In der „Schwebezeit“

- Die Meinungen der deutschen Gerichte unterscheiden sich stark. Dies ist zu berücksichtigen.
- Dabei scheint sich die Tendenz in Richtung Anwendungsvorrang des EU-Rechts und der damit verbundenen sofortigen Nichtanwendbarkeit des § 7 HOAI zu entwickeln.
- Nachträgliche Klagen auf Mindest- oder Höchstsätze erscheinen daher jetzt schon schwierig.

Nach einer Änderung der HOAI

- Klagen auf Mindest- oder Höchstsätze nach HOAI werden nicht mehr möglich sein.

Folgen für weitere Klagebegehren

Anhängige Klageverfahren auf das vereinbarte HOAI-Honorar:

- Bleiben unverändert (wenn Honorarvereinbarung wirksam).
- Einziger Unterschied: Bei einer im Einzelfall bestehenden Unter-/ Überschreitung der HOAI-Berechnungsparameter, bleibt die vertragliche Honorarvereinbarung bindend.
- Ob eine Unter-/Überschreitung im Rahmen von AGBs anders als eine Einzelfallunterschreitung zu beurteilen ist, wird in der Literatur diskutiert (so *Fuchs/v.d. Hout/Opitz*, NZBau 2019, 483, (487)). So soll eine solche Regelung anhand des § 307 II Nr.1 BGB bewertet werden, der das gesetzliche Leitbild zugrunde legt. Dieses Leitbild bleibe bei Architekten- und Ingenieurverträgen weiterhin die Honorarbemessung nach HOAI.

Klagen auf Mindestsatz wegen Formverstoß, § 7 V HOAI:

- Laut LG Hamburg (v. 23.05.2019 -321 O 288/17) sind Honorarvereinbarungen die aus anderen Gründen, insbesondere Formalia scheitern, anders zu bewerten: So sei aufgrund des Formverstoßes das BGB als Auffangvorschrift, § 650 q I iVm § 632 II BGB anzuwenden. Demnach ist das „übliche“ Honorar zu zahlen, welches sich weiterhin anhand der Werte der HOAI bemisst.

Weitere Folgen für öffentliche Auftraggeber

- Die Höchst- und Mindestsatzregelungen der HOAI sind bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots nicht mehr zu berücksichtigen.
- Vergabeunterlagen dürfen nicht mehr so gestaltet sein, dass nur Preise innerhalb der HOAI angeboten werden können.
- Die HOAI darf weiter als Orientierungsgrundlage in Vergabeverfahren genutzt werden (z. B. bei der Auskömmlichkeitsprüfung).
- Angebote, die Mindestsätze unterschreiten, *dürfen* berücksichtigt werden.
- Die Mechanismen gegen unzulässige Mindestsatzunterschreitungen, namentlich Angebotsaufklärung und Nachverhandlungen, sowie § 60 VgV greifen jedoch weiterhin.

Vergabe freiberuflicher Leistungen bei freier
Honorarverhandlung



Ermittlung des Auftragsvolumens

- Frage: Wie errechnet sich das Auftragsvolumen (Honorarvolumen) von Freiberuflichen Leistungen, um die Frage zu beantworten, ob der einschlägige Schwellenwert (221.000 EUR netto – ab 1.1.2020: 214.000 EUR netto) erreicht bzw. überschritten ist?
- § 3 VgV: Maßgeblich ist das geschätzte Gesamtvolumen des in Rede stehenden Auftrags. Lose sind wertmäßig zu addieren.
- Aber: § 3 Abs. 7 S. 2 VgV enthält Sonderregelung für Planungsleistungen: Lose sind nur zu addieren, wenn es sich um gleichartige Leistungen handelt.
- Auch bei gestufter Beauftragung eines Architekten (1. Stufe: LPh 1 – 3, 2. Stufe: LPh 4 – 8 o. ä.) Honorar für alle LPh von vornherein addieren!
- Auch bei verschiedenen Bauabschnitten Honorar addieren!
- Allenfalls: Differenzieren nach unterschiedlichen Leistungsbildern der HOAI (aber nur wenn keine Generalplanervergabe!).

Ermittlung des Auftragsvolumens

Was ändert sich daran durch das EuGH-Urteil?

- Für die Schätzung des Auftragswertes/Honorarvolumens ist die HOAI weiter anzuwenden.
- Die HOAI darf weiterhin uneingeschränkt als unverbindliche Orientierung für die Schätzung von Honorarvolumen genutzt werden.

Achtung: Zukunft des § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV ungewiss!

- § 3 Abs. 7 S. 2 VgV hat kein „Vorbild“ in den EU-Vergaberichtlinien. Die EU-Vergaberichtlinien kennen keine Sonderregelung für Planungsleistungen.
- § 3 Abs. 7 S. 2 VgV deshalb möglicherweise europarechtswidrig.
- EU-Kommission sieht in § 3 Abs. 7 VgV einen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 8 der RL 2014/24/EU, wonach grundsätzlich der geschätzte Gesamtwert aller Lose zusammenzurechnen ist.
- EU-Kommission hat deshalb Deutschland (und 14 weitere EU-Mitgliedstaaten mit ähnlichen Sonderregelungen) im Februar 2019 angeschrieben (erste Stufe eines Vertragsverletzungsverfahrens).
- DESHALB: Planerhonorare über alle Leistungsphasen und für alle Leistungsbilder vorsichtshalber addieren.
- JEDENFALLS dann, wenn EU-Fördergelder zum Einsatz kommen!

DAGEFÖRDE

Öffentliches Wirtschaftsrecht



Vielen Dank für Ihre
Aufmerksamkeit!

Rechtsanwältin
Dr. jur. Angela Dageförde

Fachanwältin für Vergaberecht
Fachanwältin für Verwaltungsrecht
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht

Podbielskistraße 344 • 30161 Hannover

dagefoerde@kanzlei-dagefoerde.de
www.kanzlei-dagefoerde.de