

Masterthesis
im Studiengang

Baurecht und Baubegleitung
von der Projektentwicklung bis zur Streitbeilegung (LL.M.)

am Fachbereich Rechtswissenschaften an der Philipps-Universität Marburg

**"Die Auskömmlichkeit von Planerhonoraren
vor dem Hintergrund des EuGH-Urteils vom 04.07.2019"**

bei

Prof. Dr. Michael Kling
Philipps-Universität Marburg

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	1
2.	Eine kurze Übersicht über das Vergaberecht	3
2.1	Europäische Grundlagen und Vorgaben	3
2.2	Vergaberecht in Deutschland	4
2.2.1	Kartellvergaberecht	5
2.2.1.1	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)	5
2.2.1.2	Vergabeverordnung (VgV)	7
2.2.1.3	Vergabe und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A)	7
2.2.2	Haushaltsvergaberecht	8
2.2.3	Besonderheiten bei der Vergabe von freiberuflichen Leistungen	9
3.	Die Prüfung der Auskömmlichkeit von Planerhonoraren	13
3.1	Sinn und Zweck der Preisprüfung	14
3.2	Auskömmlichkeit	15
3.3	Identifikation aufklärungsbedürftiger Angebote	16
3.3.1	Identifikation über eine Aufgreifschwelle	17
3.3.2	Identifikation über Abgleich mit der Auftragswertschätzung des AG	17
3.3.3	Identifikation über Abgleich mit einer taxmäßigen Vergütung	18
3.3.4	Identifikationsprobleme bei Angeboten über Planungsleistungen	18
3.4	Aufklärung von Angeboten	20
3.4.1	Die Struktur von Angeboten über Planungsleistungen	21
3.4.2	Darlegung der Auskömmlichkeit durch den Planer	22
3.4.3	Prüfung der Auskömmlichkeit anhand einer taxmäßigen Vergütung	24
3.4.4	Prüfung der Auskömmlichkeit anhand der üblichen Vergütung	24
3.4.5	Probleme bei der Auskömmlichkeitsprüfung und ein Lösungsansatz	26
4.	Die HOAI nach dem EuGH-Urteil	31
4.1	Das Urteil des EuGH	31
4.2	Die Novellierung der HOAI	34
4.2.1	Aktuelle Planungen	34
4.2.2	Chancen einer Novellierung	36
5.	Diskussion und Ausblick	40

Literaturverzeichnis

Monographien und Kommentare:

- Burgi, Martin / Dreher, Meinrad,*
Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 3. Auflage, München, 2017.
- Burgi, Martin / Dreher, Meinrad,* Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 2, 3. Auflage,
München, 2019.
- Dieckmann, Martin / Scharf, Jan Peter / Wagner-Cardenal, Kersten,*
VgV-UVgO, 2. Auflage, München 2019.
- Gabriel, Marc / Krohn, Wolfram / Neun, Andreas,*
Handbuch Vergaberecht, 2. Auflage, München, 2017.
- Gabriel, Marc / Mertens, Susanne / Prieß, Hans-Joachim / Stein, Roland,*
BeckOK Vergaberecht, 14. Edition, Stand: 31.01.2020.
- Gsell, Beate / Krüger, Wolfgang / Lorenz, Stephan / Reymann, Christoph,*
Beck-online.Grosskommentar, Stand: 01.04.2020.
- Hänsel, Tobias / Grosse, Sven,*
Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen, 2. Auflage, München, 2012.
- Immenga, Ulrich / Mestmäcker, Ernst-Joachim,*
Wettbewerbsrecht, 5. Auflage, München, 2014.
- Kapellmann, Klaus / Messerschmidt, Burkhard,*
VOB-Kommentar, Teil A/B, 7. Auflage, München, 2020.
- Korbion, Hermann / Mantscheff, Jack / Vygen, Klaus,*
HOAI, 9. Auflage, München, 2016.
- Lampe-Helbig, Gudrun (Begr.) / Jagenburg, Inge / Baldringer, Sebastian,*
Handbuch der Bauvergabe, 3. Auflage, München, 2014.
- Locher, Horst / Koeble, Wolfgang / Frik, Werner,*
Kommentar zur HOAI, 12. Auflage, Köln, 2014.
- Naumann, Daniel,*
Vergaberecht - Grundzüge der öffentlichen Vergabe, Wiesbaden, 2019.
- Pünder, Hermann / Schellenberg, Martin (Hrsg.),*
Vergaberecht, 3. Auflage, Hamburg, 2019.
- Rechten, Stephan / Rübke, Marc,*
Basiswissen Vergaberecht, 2. Auflage, Köln, 2017.

Säcker, Franz Jürgen / Meier-Beck, Peter / Bien, Florian / Montag, Frank,
Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, Band 3, München, 2018.

Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut / Limperg, Bettina,
Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage, Band 6, München, 2020.

Voppel, Reinhard / Osenbrück, Wolf / Bubert, Christoph,
VgV, 4. Auflage, München, 2018.

Ziekow, Jan / Völlink, Uwe-Carsten,
Vergaberecht, 3. Auflage, München, 2018.

Aufsätze:

Bitzer, Fabian / Wittig, Carola,
Die Architektenvergütung nach der Mindestsatz-Entscheidung des EuGH,
NZBau 2019, Heft 11, S.686.

Brüning, Christoph,
Die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) nach dem EuGH-Urteil:
Entscheidungsinhalt, Auswirkungen, Reformbedarf,
KommJur 2020, Heft 1, S.4.

Csaki, Alexander,
Die Auskömmlichkeitsprüfung nach § 19 VI VOL/A-EG,
NZBau 2013 Heft 6, S. 342-343.

Dabringhausen, Gerhard,
Der billige Planer,
VergabeNavigator 2019, Heft 5, S. 11-13.

Fuchs, Heiko / van der Hout, Robin / Opitz, Marc,
HOAI-Urteil des EuGH: Vertrags- und vergaberechtliche Konsequenzen,
NZBau 2019, Heft 8, S. 488.

Geitel, Oskar Maria,
Angehängte Stundenlohnarbeiten dürfen auch bei Planervergaben gewertet werden!,
VPR 2019, Heft 6, S. 228.

Hänsel, Tobias,
Vergabe von Planungsleistungen nach dem HOAI-Urteil des EuGH,
NJW-Spezial 2019, Heft 20, S. 621.

Hildebrandt, Thomas,
Der schmale Grad zwischen wirtschaftlichstem und unauskömmllichem Angebot,
ZfBR 2019, Heft 6, S. 550.

Kluth, Winfried,
Zeitliche und sachliche Fortgeltung der HOAI,
NJW 2020, Heft 21, S. 1474.

Lux, Johannes,

Einführung in das Vergaberecht,
JuS 2006, Heft 11, S. 969.

Motzke, Gerhard,

Bauzeitverlängerung = Honorarerhöhung?,
DAB 2020 NRW, Heft 6, S. 34-36.

Olrik Vogel, Achim,

HOAI-Mindestsatz ist nicht die übliche Vergütung!,
IBR 2020, Heft 3, S.133.

Portz, Norbert,

Aktuelle Entwicklungen im Vergaberecht,
KommJur 2020, Heft 2, S. 48.

Probst, Michael / Winters, Fabian,

Einführung in das Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte,
JuS 2019, Heft 12, S. 1158-1159.

Raasch, Johanna,

Die Vergabe öffentlicher Aufträge als Instrument des Verwaltungshandels,
JA 2009, Heft 3, S. 200.

Spiekermann, Monika,

Kein automatischer Ausschluss von Unterpreisangeboten,
NJW-Spezial 2011, Heft 17, S. 526.

Tiede, Rudolf,

Bedarfsoptimierte Vergütung nach HOAI mit Preiswettbewerb,
NZBau 2020, Heft 4, S. 231-234.

Zimmermann, Eric,

Die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen nach der Unterschwellen-
vergabeordnung (UVgO),
ZfBR 2017, Heft 4, S. 334.

Amtliche Bekanntmachungen:

Amtsblatt der Europäischen Union, vom 27.12.2006, L376.

Amtsblatt der Europäischen Union, vom 14.08.2017, C269, S. 19.

BR-Drucksache 87/16 vom 29.02.2016, S. 215.

BT-Drucksache 18/7318 vom 20.01.2016, S. 2.

Bundesanzeiger, BAnz AT 7.2.2017 B2, Erläuterungen zur UVgO, S. 14.

Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat, Erlass vom 05.08.2019, Punkt II.

Internetquellen:

AHO, Stundensatzempfehlungen,
(<https://www.aho.de/service/stundensatzempfehlung>, zuletzt abgerufen am 08.06.2020).

Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften,
Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, Luxemburg, 2007, S. 7,
(<https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/a4987fe6-d74b-4f4f-8539-b80297d29715>, zuletzt abgerufen am 13.05.2020).

BMWi, Öffentliche Aufträge und Vergabe,
(<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Dossier/oeffentliche-auftraege-und-vergabe.html>, zuletzt abgerufen am 22.05.2020).

BKI Baupreisindex,
(<https://bki.de/baupreisindex.html>, zuletzt abgerufen am 24.05.2020).

Bundesarchitektenkammer, Struktur- und Gehaltsanalyse der Architekten und Planer 2018, S.26,
(<https://www.bak.de/w/files/bak/07-daten-und-fakten/architektenbefragungen/gehaltsumfrage/bak-broschuere-mitgliederbefragung2018endfassung.pdf>, zuletzt abgerufen am 09.06.2020).

Bundesarchitektenkammer, Wie geht es mit der HOAI weiter? Gibt es einen „Plan B“?,
(<https://www.bak.de/berufspolitik/hoai-1/>, zuletzt abgerufen am 18.06.2020).

Das Deutsche Baugewerbe, Baukonjunktur,
(<https://www.zdb.de/baukonjunktur>, zuletzt abgerufen am 01.06.2020).

Deutscher Städte- und Gemeindebund, HOAI: Folgerungen aus der EU-Rechtswidrigkeit der Mindestsätze für Kommunen
([https://www.dstgb.de/dstgb/Homepage/Aktuelles/Archiv/Archiv 202019/HOAI%3A Folgerungen aus der EU-Rechtswidrigkeit der Mindestsätze für Kommunen/](https://www.dstgb.de/dstgb/Homepage/Aktuelles/Archiv/Archiv%202019/HOAI%3A%20Folgerungen%20aus%20der%20EU-Rechtswidrigkeit%20der%20Mindestsätze%20für%20Kommunen/), zuletzt abgerufen am 29.05.2020).

OECD, Government at a Glance 2019, OECD Publishing, Paris, 2019, S. 135
(<https://doi.org/10.1787/8ccf5c38-en>, zuletzt abgerufen am 12.05.2020).

Pilarski, Michael, „Vorteilhafte Gelegenheit“ oder „nicht auskömmliches Angebot“?
(<https://www.vergabeblog.de/2018-12-04/vorteilhafte-gelegenheit-oder-nicht-auskoemmlisches-angebot/>, zuletzt abgerufen am 11.06.2020).

Plankemann, Axel, Gründlich rechnen, Deutsches Architektenblatt online,
(<https://www.dabonline.de/2010/05/30/grundlich-rechnen>, zuletzt abgerufen am 08.06.2020).

Schnepel, Volker, BAK: Die Ausgestaltung der HOAI nach dem EuGH-Urteil,
(<https://www.vergabeblog.de/2020-01-24/bak-die-ausgestaltung-der-hoai-nach-dem-eugh-urteil/>, zuletzt abgerufen am 18.06.2020).

1 Einleitung

Die Vergabe öffentlicher Planungsaufträge an Architekten und Ingenieure war bis Anfang Juli letzten Jahres außergewöhnlich umfangreich geregelt. Außergewöhnlich deshalb, weil nicht nur die allgemeinen formalen Verfahrensregelungen des Vergaberechts galten, sondern darüber hinaus durch die HOAI ein verbindliches Preisrecht bestand, welches einen festen Rahmen für die Angebotsgestaltung vorgab.

Auch wenn der Sinn dieses Preisrechts sicherlich nicht in erster Linie darin bestand, die Preisprüfung im Zuge öffentlicher Auftragsvergaben zu vereinfachen, so leistete die HOAI doch eben oft genau das: Sie bot ein überschaubares und verlässliches Werkzeug zur Überprüfung angemessener und auskömmlicher Preise. Zwar gab es auch innerhalb des verbindlichen Honorarrahmens beachtliche Preisunterschiede zwischen mehreren Angeboten, doch von der Auskömmlichkeit der Preise durfte in aller Regel bei Einhaltung der Mindestsätze ausgegangen werden.

Am 04.07.2019 entschied der EuGH, dass die verbindlichen Mindest- und Höchstsätze der HOAI unvereinbar mit der Dienstleistungsrichtlinie und damit ein Verstoß gegen europäisches Recht seien.¹

Aufgrund des Anwendungsvorrangs des europäischen Rechts und des bereits verstrichenen Umsetzungszeitraumes² entfaltet die Richtlinie eine unmittelbare Wirkung. Die Mindest- und Höchstsätze der HOAI sind ab dem Zeitpunkt des Urteils nicht weiter anzuwenden. Seither sind die öffentlichen Auftraggeber gehalten, zusätzlich zur Honorarermittlung nach HOAI frei kalkulierbare Projektzu- oder Abschläge zuzulassen.³

Aus vergaberechtlicher Sicht mutet diese Änderung recht harmlos an. Für die überwiegende Anzahl von Dienstleistungen ist eine freie Preiskalkulation ohnehin die Regel, und darüber hinaus erfolgt die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen im Leistungswettbewerb, der Preis spielt somit meistens nicht einmal die primäre Rolle.⁴

1 EuGH, Urteil v. 04.07.2019, C-377/17, Rn. 96.

2 Art. 44 Abs. 1 Richtlinie 2006/123/EG.

3 BMI, Erlass vom 05.08.2019, Punkt II.

4 §76 Abs. 1 VgV.

In der kommunalen Vergabepaxis zeigt sich seit dem EuGH-Urteil ein zweigeteiltes Bild: Während im Bereich der Oberschweligen Vergaben aufgrund der langen Verfahrensdauer die Nutzung der freien Angebotsgestaltung noch nicht erkennbar ist, wird im unterschwelligen Bereich reger Gebrauch von Honorarnachlässen gemacht: In meinem beruflichen Umfeld lässt sich seither beobachten, dass bei vielen Vergaben rund die Hälfte aller Bieter Angebote unterhalb des Mindestsatzniveaus abgibt.

Angesichts dieser Entwicklung drängt sich eine Vielzahl von Fragen auf. Allen voran vielleicht die Frage, welche Gründe die Bieter in Zeiten bester konjunktureller Lage zu solchen Angeboten treiben? Stellen die Honorarsätze der HOAI vielleicht doch nicht die marktüblichen Preise dar? Wie muss ein Bieter sein von den Mindestsätzen gelöstes Angebot erläutern können, um die Seriosität seines Angebots zu belegen?

Vor dem Hintergrund des EuGH-Urteils und des damit verbundenen Wegfalls der Preisbindung wird im Rahmen dieser Arbeit der Prozess der Preisprüfung bei öffentlichen Vergaben von Architekten- und Ingenieurleistungen untersucht. Ausgehend davon werden weiterhin Überlegungen angestellt, wie die anstehende Novellierung der HOAI dabei helfen könnte, die Honorarermittlung für Planer und Auftraggeber zu erleichtern.

2 Eine kurze Übersicht über das Vergaberecht

Das Vergaberecht regelt die Beschaffung von Gütern und Dienstleistungen durch die öffentliche Hand zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Durch Vorgabe von Regelungen und Kriterien für die Auswahl von Vertragspartnern schafft es einen rechtlichen Rahmen für die Anbahnung von entgeltlichen Verträgen zwischen öffentlichen Auftraggebern und privaten Auftragnehmern.⁵

Die Idee staatliche Aufträge an private Personen oder Unternehmen nicht nach Gutdünken, sondern in Form geregelter Verfahren zu vergeben, ist keineswegs neu. Schon im antiken Rom wurden Aufträge öffentlich bekannt gemacht und an den Mindestbietenden vergeben. In Deutschland waren öffentliche Absteigerungen seit Anfang des 17. Jahrhunderts die Regel.⁶ Da diese einfachen Vergabeverfahren zahlreiche Schwächen aufwiesen und nicht selten zu völlig unauskömmlichen Angeboten führten, begann man in Folge die Verfahren zu verändern und zu verfeinern. Mit Beginn der europäischen Idee und dem wirtschaftlichen Zusammenwachsen der europäischen Staaten setzte ein dynamischer Wandlungs- und Entwicklungsprozess der Vergabevorschriften ein, der das Rechtsgebiet bis heute im Griff hat. Die umfangreiche Modernisierung des Vergaberechts im Jahr 2016 bildete bei dieser Entwicklung den letzten Höhepunkt.

2.1 Europäische Vorgaben und Grundlagen

Eines der Hauptziele der Europäischen Union ist die Schaffung und Erhaltung eines freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Grenzen der EU.⁷

Als größter Sektor der europäischen Wirtschaft besitzt der Dienstleistungssektor besonderes Gewicht. Durch die Entwicklung eines möglichst vollständig integrierten Binnenmarktes für Dienstleistungen soll dieser Sektor durch die Schaffung von Arbeitsplätzen, Vereinfachungen im Verwaltungswesen und verbesserte Rechtsetzung kontinuierlich gestärkt werden.

5 Dörr in Burgi/Dreher, Beckscher Vergaberechtskommentar, Allgemeines, Rn 1.

6 Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, Rn. 2.

7 Amtsblatt der Europäischen Union, 27.12.2006, L376, S. 36ff.

Weiterhin steht die Garantie der europäischen Grundfreiheiten, insbesondere die Personenfreizügigkeit mit dem Niederlassungsrecht und der freie Dienstleistungsverkehr im Fokus der europäischen Interessen.⁸

Zur Umsetzung dieser Ziele erließ die Europäische Union Richtlinien zur Regelung der Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungen. Diese Richtlinien verpflichten die einzelnen Mitgliedstaaten, die europarechtlichen Vorgaben in nationales Recht zu überführen. Die nationalen Gesetze binden dann ihrerseits die einzelnen Marktteilnehmer. Die Umsetzung europarechtlicher Vorgaben ist prägend für das Gebiet des Vergaberechts.⁹

Im Falle von Rechtsstreitigkeiten sind die nationalen Gerichte für die Klärung zuständig, dem europäischen Gerichtshof kommt jedoch bei etwaigen Regelungslücken in den nationalen Vergabegesetzen oder bei Auslegungszweifeln die Funktion der obersten Gerichtsbarkeit zu.

2.2 Vergaberecht in Deutschland

Vorrangiges Ziel des deutschen Vergaberechts ist die Deckung des Beschaffungsbedarfs der öffentlichen Hand durch die wirtschaftliche Verwendung von Haushaltsmitteln.¹⁰

Für die Gesamtwirtschaft sind öffentliche Aufträge aufgrund des gewaltigen Beschaffungsvolumens von signifikanter Bedeutung. Im Jahr 2019 tätigte die öffentliche Hand in Deutschland Beschaffungen in Höhe von ungefähr 15% des Bruttoinlandsproduktes.¹¹

Das Vergaberecht ist in Deutschland in zwei Teilbereiche gegliedert. Maßgeblich für diese Teilung ist der Auftragswert. Oberhalb einer durch europäische Richtlinien vorgegebenen Wertgrenze spricht man vom 'Oberschwellenbereich' oder 'Kartellvergaberecht', unterhalb dieser Wertgrenze vom 'Unterschwellenbereich' oder 'Haushaltsvergaberecht'.¹²

8 Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften, Handbuch zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, Luxemburg, 2007, S. 7 (<https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/a4987fe6-d74b-4f4f-8539-b80297d29715>, zuletzt abgerufen am 13.05.2020).

9 Naumann, Vergaberecht - Grundzüge der öffentlichen Vergabe, S. 7.

10 BMWI, Öffentliche Aufträge und Vergabe, (<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Dossier/oeffentliche-auftraege-und-vergabe.html>, zuletzt abgerufen am 22.05.2020).

11 OECD, Government at a Glance 2019, OECD Publishing, Paris, 2019, S. 135 (<https://doi.org/10.1787/8ccf5c38-en>, zuletzt abgerufen am 12.05.2020).

12 Lux, JuS 2006, 969.

2.2.1 Kartellvergaberecht

Das deutsche Vergaberecht oberhalb der EU-Schwellenwerte ist auf mehrere Einzelgesetze aufgeteilt, die hierarchisch aufeinander aufbauen. Diese Struktur wird oft als 'Kaskadenprinzip' bezeichnet.¹³

2.2.1.1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)

Auf der obersten Stufe der Kaskade, der Gesetzesesebene, steht das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Der vierte Teil dieses Gesetzes legt die grundlegenden Regeln der Vergabe öffentlicher Aufträge fest. Hier wird sowohl die Anwendung der Schwellenwerte festgesetzt, welche zur vorgenannten Zweiteilung des Vergaberechts führt, als auch die gemeinsamen Grundsätze und Prinzipien dargestellt, auf denen das gesamte Vergaberecht in Deutschland fußt und die bei der Auslegung sämtlicher Einzelregelungen und Vorschriften zu beachten sind.¹⁴

Die ersten beiden Grundprinzipien, namentlich das Wettbewerbs- und das Transparenzgebot¹⁵, sind inhaltlich miteinander verbunden. Der Wettbewerbsgrundsatz verpflichtet die öffentlichen Auftraggeber zur Durchführung von Vergabeverfahren, die einem möglichst großen Bieterkreis eine Teilnahme ermöglichen.¹⁶ Das Wettbewerbsgebot bindet hierbei nicht nur die Auftraggeberseite, er gebietet auch der Auftragnehmerseite ein wettbewerbsförderndes Handeln. Wettbewerbsbeschränkendes Verhalten, wie zum Beispiel Absprachen von Bietern untereinander, ist unzulässig und führt zum Ausschluss der betroffenen Parteien.¹⁷

Erst durch Einhaltung des Transparenzgebots wird jedoch die Grundlage für einen fairen Wettbewerb geschaffen.¹⁸ Daher rührt die Verpflichtung der vergebenden Stellen zu einer breiten Vorankündigung der beabsichtigten Beschaffungen, inklusive der verwendeten Zuschlagskriterien und Gewichtungsregeln. Dass die Auftraggeber durch die von ihnen bekanntgegebenen Zuschlagsregeln im weiteren Verfahrensablauf gebunden sind, versteht sich in diesem Zusammenhang von selbst.

13 Dreher in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, §§97ff. GWB, Rn. 59.

14 Hänsel/Grosse, Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen, S. 4.

15 §97 Abs. 1 Satz 1 GWB.

16 Probst/Winters, JuS 2019, 1158-1159.

17 Dörr in Burgi/Dreher, Beckscher Vergaberechtskommentar, §97 GWB, Rn 9.

18 Knauff in MüKoEuWettbR, §97 GWB, Rn. 18.

Drittes wichtiges Prinzip des Vergaberechts ist das Gleichbehandlungsgebot.¹⁹ Es beschreibt die Pflicht der Auftraggeber, die Angebote aller Bieter einheitlich nach den gleichen Kriterien zu bewerten. Die Vergabestellen haben das unparteiliche Verhalten gegenüber sämtlichen Bietern über das gesamte Vergabeverfahren hinweg aufrechtzuerhalten. Dies umfasst sowohl eine Gleichbehandlung der Bieter in Verhandlungen, als auch die inhaltlich und zeitlich gleiche Informierung aller Bieter.²⁰ Besondere Bedeutung kommt dem Gleichbehandlungsprinzip im Hinblick auf einen funktionierenden europäischen Binnenmarkt zu, bei dem Bewerber aus allen Mitgliedstaaten diskriminierungsfrei, gleichberechtigt nebeneinander bieten können sollen.

Dass die Behandlung aller Bieter nicht nur unparteilich sondern auch mit einem angemessenen Augenmaß zu erfolgen hat, besagt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. So ist beispielsweise bei der Gestaltung von Vergabeverfahren abzuwägen, in welchem Maße die Anforderungen an die Bieter für das Erreichen des Beschaffungsziels erforderlich sind.²¹ Zu hohe, den Bieterkreis unnötig einschränkende Anforderungen sind dabei ebenso schädlich wie zu niedrige, die eine gegebenenfalls erforderliche Bieterqualifikation nicht sicherstellen können. Bedeutsam ist dieses Gebot insbesondere dann, wenn einzelne Bieter in ihren Rechten eingeschränkt werden. Liegen beispielsweise fakultative Ausschlussgründe gegen einen Bieter vor, so wird dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit durch sorgfältiges Abwägen aller Umstände Rechnung getragen. Sollte eine weniger einschneidende Maßnahme als der Ausschluss einen fairen Wettbewerb ermöglichen, so ist diese zu wählen.

Das Wirtschaftlichkeitsprinzip ist die fünfte Grundregel des Vergaberechts.²² Es bestimmt, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt werden muss. Der Begriff "wirtschaftlich" zielt hier auf das Preis-Leistungs-Verhältnis ab, nicht allein auf den niedrigsten Preis. Aspekte wie Herstellungsdauer, ästhetische Belange, Haltbarkeit, Verfügbarkeitszeitraum, Unterhaltskosten, Service und Ähnliches finden hierbei ebenfalls Berücksichtigung.

19 §97 Abs. 2 GWB.

20 Ziekow in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, §97 GWB, Rn. 20-23.

21 Dörr in Burgi/Dreher, Beckscher Vergaberechtskommentar, §97 GWB, Rn 55.

22 §97 Abs. 1 Satz 2 GWB.

Bei der Vergabe von freiberuflichen Leistungen ist jenes Angebot zu beauftragen, welches in Anbetracht der ausgehandelten Auftragsbedingungen die bestmögliche Leistung erwarten lässt.²³

Über diese fünf großen Vergabeprinzipien hinaus nennt das GWB mit dem Gebot zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen und zur elektronischen Vergabe zwei weitere gewichtige Punkte,²⁴ die hier jedoch keine vertiefende Betrachtung finden.

2.2.1.2 Vergabeverordnung (VgV)

Die zweite Hierarchiestufe des Kartellvergaberechts bildet die Vergabeverordnung, die nähere Bestimmungen über die Vorgaben des vierten Teils des GWB bezüglich der einzuhaltenden Verfahren beinhaltet.²⁵

Die VgV regelt insbesondere die verschiedenen Arten überschwelliger Vergabeverfahren, gibt die Anwendungsfälle der Verfahrensarten vor und macht detaillierte Vorgaben zu deren Ablauf.

Die Vergabeverordnung wurde im Rahmen des Vergaberechtsmodernisierungspakets 2016 umfangreich geändert. Mit dem Ziel die Rechtskaskade von drei auf zwei Stufen zu verschlanken, wurden Regelungen, die ursprünglich in den Verdingungsordnungen (VOL/A und VOF) enthalten waren, in die VgV mit aufgenommen.²⁶ Die angestrebte Reduktion auf zwei Regelungsstufen konnte jedoch nicht vollständig erreicht werden.

2.2.1.3 Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A)

Die dritte Stufe der vergaberechtlichen Kaskade existiert seit 2016 nur noch im Bereich der Bauvergaben.²⁷ Hier gilt der Teil A der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen weiterhin, jedoch in modernisierter Form.

Die VOB/A regelt, ähnlich den Vorgaben der VgV, die zulässigen Verfahrensarten und Verfahrensabläufe, trägt dabei aber den Besonderheiten von Bauvergaben Rechnung.²⁸ Neben allgemeinen vergaberechtlichen Vorgaben trifft die VOB/A

23 Hänsel/Grosse, Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen, S. 7.

24 §97 Abs. 4 und 5 GWB.

25 §1 Abs. 1 VgV.

26 BT-Drucks. 18/7318 vom 20.01.2016, S. 2.

27 Bungenberg/Schelhaas in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, VgV § 1, Rn. 3.

28 Kapellmann/Messerschmidt, VOB-Kommentar, Einleitung, Rn. 55.

Festlegungen zu Ausführungsfristen, Sicherheitsleistungen, für die Erstellung von Leistungsbeschreibungen und weiteren bauspezifischen Themen.

2.2.2 Haushaltsvergaberecht

Das Vergaberecht unterhalb der EU-Schwellenwerte ist stark durch haushaltsrechtliche Bestimmungen geprägt. Die Gebote der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit sind maßgebend für das deutsche Haushaltsrecht.²⁹ Der sparsame Einsatz öffentlicher Mittel ist seit jeher Leitlinie für jegliches Verwaltungshandeln im Allgemeinen und für die öffentliche Auftragsvergabe im Besonderen.³⁰

Die rechtliche Basis bildet dabei das Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder (HGrG), ergänzt durch die Vergabegesetze auf Länderebene und förderrechtliche Vorschriften.³¹ Ergänzend gelten die Vorschriften der Haushaltsordnungen des Bundes, der Länder und der Kommunen für unterschwellige Auftragsvergaben.³²

Auch im Unterschwellenbereich befindet sich das Vergaberecht in einem Prozess der kontinuierlichen Weiterentwicklung, die jedoch langsamer als im Bereich des Kartellvergaberechts verläuft, da hier der unmittelbare Anstoß durch die europäische Rechtsentwicklung fehlt.³³

Durch die Einführung der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) im Zuge der Vergaberechtsmodernisierung 2016 sollten sowohl die Struktur als auch die Bestimmungen des Haushaltsvergaberechts denen des Kartellvergaberechts angenähert werden. So sind große Teile der Regelungen der UVgO beinahe wortgleich mit denen der VgV. Obschon die europäischen Rechtsvorgaben keine unmittelbare Geltung im Regelungsbereich des Haushaltsvergaberechts besitzen, ist ihr rechtsprägender Einfluss unverkennbar.³⁴

Die UVgO trat als haushaltsrechtliche Verwaltungsvorschrift nicht unmittelbar mit ihrer Veröffentlichung in Kraft. Für ihre Anwendbarkeit ist die Einführung auf Bundes- und Landesebene im jeweiligen Haushaltsrecht erforderlich. Drei Jahre nach Veröffentlichung haben erst rund zwei Drittel der deutschen Bundesländer

29 §6 Abs. 1 HGrG.

30 Haupt in Lampe-Helbig/Jagenburg/Baldringer, Handbuch der Bauvergabe, Zuwendungsrecht, Rn. 62-63.

31 Reichling in Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, §2, Rn. 116-117.

32 Raasch, JA 2009, 200.

33 Naumann, Vergaberecht - Grundzüge der öffentlichen Vergabe, S. 7.

34 Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV-UVgO, Einleitung, Rn. 21.

die UVgO eingeführt, ein Umstand, der zu uneinheitlichen vergaberechtlichen Vorschriften im Bundesgebiet geführt hat.

Die Bedeutung unterschwelliger Vergaben ist in wirtschaftlicher Hinsicht beachtlich. Geschätzt 90-95% aller Vergaben und rund 80% des Gesamtvergabevolumens entfallen auf den Bereich unterhalb der EU-Schwellenwerte.³⁵ Jedoch ist der Bereich des Haushaltsvergaberechts nicht nur aufgrund des großen wirtschaftlichen Gewichts relevant. Die immense Anzahl kleiner, unterschwelliger Beschaffungen bestimmt einen signifikanten Anteil des Verwaltungshandelns und bindet beträchtliche Mengen personeller Kapazitäten. Für ein effizientes Funktionieren des öffentlichen Verwaltungsapparates sollten die Vergabevorschriften schnell, unkompliziert und rechtssicher umsetzbar sein. Im Unterschwellenbereich ist die Praxistauglichkeit und Flexibilität der Vergabevorschriften von weit größerer Bedeutung, als dies aufgrund der weit geringeren Anzahl von Verfahren im oberschwelligen Bereich der Fall ist.

2.2.3 Besonderheiten bei der Vergabe von freiberuflichen Leistungen

Obschon es sich bei freiberuflichen Leistungen im Allgemeinen um Dienstleistungen handelt, enthielt das deutsche Vergaberecht sowohl im Ober- als auch im Unterschwellenbereich traditionell spezielle Regelungen für deren Beschaffung.³⁶ Die Vergabemodernisierung von 2016 hat daran nicht viel geändert.

Das Kartellvergaberecht stellt dabei im Rahmen der VgV schwerpunktmäßig auf die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen ab.³⁷

Bei diesen Planungsleistungen handelt es sich oft um anspruchsvolle und komplexe Dienstleistungen, deren Auftragsgegenstand vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann, da die Entwicklung des Lösungswegs Teil der Aufgabe ist.

Aufgrund dieser Unbeschreibbarkeit des Lösungswegs besteht die erhöhte Gefahr, dass die angebotene Dienstleistung den Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers nicht entspricht. Um dieser Schwierigkeit zu begegnen, hat der

35 Rechten/Röbke, Basiswissen Vergaberecht, S. 23.

36 Lotz in Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, BeckOK Vergaberecht, §73 VgV, Rn.2.

37 §73 Abs.1 VgV.

Verordnungsgeber den Vergabestellen vornehmlich Verfahrensarten zur Wahl gestellt, die ein Verhandeln mit den Bietern ermöglichen.³⁸

Die VgV schreibt für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen den Leistungswettbewerb vor.³⁹

Im Unterschwellenbereich galten vor Einführung der UVgO für die Vergabe von Dienstleistungen die Vorschriften der VOL/A. Freiberufliche Leistungen nahm die VOL/A allerdings explizit aus ihrem Geltungsbereich aus.⁴⁰ Deren Auftragsvergabe war daher weitgehend über die Bestimmungen der Haushaltsordnungen geregelt, der Vergabeordnung VOF unterfielen sie nur, sofern die Anwendung derselben durch Bundes- oder Landesrecht angeordnet war. In der Praxis bedeutete dies umfangreiche Freiheiten, aber auch Rechtsunsicherheit bei der Durchführung solcher Vergaben.⁴¹

Seit Einführung der UVgO ist eindeutig klargestellt, dass die Vergabe freiberuflicher Leistungen dem Unterschwellenvergaberecht unterstehen soll.⁴² Hier existieren allerdings nach wie vor große Freiräume. Vorgeschrieben wird lediglich die Vergabe im Wettbewerb, wobei dies ohne jede Bindung an sämtliche übrigen Vorschriften der UVgO erfolgen kann.⁴³

Dieser Wettbewerb ist dabei in einer Art und einem Umfang zu gestalten, welcher nach der Natur des Geschäfts oder den besonderen Umständen möglich ist.⁴⁴ Eine Definition dieser Formulierung findet sich nicht, was die Frage aufwirft, unter welchen Bedingungen kein Wettbewerb möglich ist. Wird auf Herstellung eines Wettbewerbs verzichtet, so wird dieser Einzelfall sorgfältig zu prüfen sein.⁴⁵ Interessanterweise wird im Bereich des Kartellvergaberechts davon ausgegangen, dass grundsätzlich ein Wettbewerb hergestellt werden kann.

Die Regelungen des §50 UVgO lassen den Schluss zu, dass unter Berücksichtigung der haushaltsrechtlichen Grundsätze auf die Einholung von Vergleichsangeboten in Ausnahmefällen verzichtet werden kann. Eine Leistung,

38 Schneider in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, VgV § 74, Rn. 11-13.

39 §76 Abs.1 Satz 1. VgV.

40 §1 VOL/A.

41 Zimmermann, ZfBR 2017, 334.

42 §50 Satz 1 UVgO.

43 BAnz AT 7.2.2017 B2, Erläuterungen zur UVgO, S. 14.

44 §50 Satz 2 UVgO.

45 Zimmermann, ZfBR 2017, 338.

deren Vergütung durch eine Honorarordnung geregelt ist, könnte zum Beispiel als solcher Ausnahmefall gedeutet werden.⁴⁶

Das Gebot zur Vergabe freiberuflicher Leistungen im Leistungswettbewerb besteht aufgrund des engen Bezugs zum haushaltsrechtlichen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit auch im Unterschwellenbereich.

Die Vorgabe des Leistungswettbewerbs für Architekten- und Ingenieurleistungen gründet auf zwei Überlegungen: Erstens wird aus der Unbestimmbarkeit des konkreten Leistungsinhalts gefolgert, dass sich die abgegebenen Angebote aller Wahrscheinlichkeit nach in ihrem Leistungsinhalt unterscheiden. Ein direkter Vergleich der Angebote und eine Wertung rein über den Preis scheidet somit zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots aus. Zweitens hat bei geistig-schöpferischen Leistungen die Fähigkeit und Erfahrung des Bearbeiters besonders großen Einfluss auf die Qualität einer Leistung. Die Einschätzung der Qualität und damit der wirtschaftliche Wert der Leistung kann daher nur im Leistungswettbewerb ermittelt werden.⁴⁷

Theoretisch sind diese Argumente absolut überzeugend. In der Berufspraxis stellt sich nach eigener Erfahrung die universale Forderung nach Vergabe von Planungsleistungen im Leistungswettbewerb jedoch nicht immer als sinnvoll dar. Insbesondere im Unterschwellenbereich steht der mit der Durchführung eines Leistungswettbewerbs verbundene personelle und zeitliche Aufwand sehr oft nicht im Verhältnis zum Wert der ausgeschriebenen Leistung.

Im kommunalen Bereich betrug im Jahr 2019, nach eigenen Auswertungen, der Anteil der Planervergaben unterhalb eines Auftragswerts von 25.000 € mehr als 84%. Ein beachtlicher Teil dieser Vergaben war zu teuer für eine Direktvergabe. Bei diesen kleinen Planungsaufgaben handelt es sich zumeist um Aufgaben der Bauunterhaltung oder um beschränkte Erweiterungs- und Umbaumaßnahmen. Genau wie bei großen Projekten bedarf es erfahrener, engagierter und kreativer Planer, um diese leider oft wenig prestigeträchtigen Aufgaben wirtschaftlich und nachhaltig zu meistern.

Strukturell sind viele dieser Bauaufgaben hingegen nicht mit komplexen Neubauten oder umfangreichen Kernsanierungen vergleichbar. Der Grad der

46 Stolz in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, §50 UVgO, Rn. 1.

47 Schneider in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, VgV § 76, Rn. 12-13.

planerischen Gestaltungsfreiheit ist in diesen Fällen zumeist deutlich kleiner als bei Aufgaben mit größerem entwurflichen Freiraum. Zwar sind auch hier die Aufgabenstellungen nicht exakt beschreibbar, allerdings ist der Grad der Beschreibbarkeit deutlich größer. Signifikante Teile der Aufgabenstellung werden häufig durch technische Notwendigkeiten vorgegeben. Selbstverständlich steigern auch bei diesen kleinen Planungsaufgaben individuelle Lösungen und der clevere Umgang mit oft unvorhersehbaren Problemen in Bestandsbauten den wirtschaftlichen Wert der Leistung. Die Lösungsansätze verschiedener Planer liegen insgesamt jedoch deutlich näher beieinander.

Ob der Aufwand für die Durchführung eines vollständigen Verhandlungsverfahrens mit mindestens drei Bietern in solchen Fällen noch mit den Grundsätzen einer sparsamen Mittelverwendung vereinbar bleibt, darf in Frage gestellt werden. Hinzu kommt, dass angesichts der immensen konjunkturell bedingten Steigerung der Baukosten in den letzten Jahren⁴⁸, ein möglichst kurzer Vergabeprozess für die kommunalen Haushalte eine spürbare Entlastung ist.

Vor dem Hintergrund des Wegfalls einer verbindlichen Vergütungsregelung und unter den vorgenannten Gesichtspunkten könnte §50 Satz 2 UVgO dahingehend zu verstehen sein, dass unter Abwägung aller Umstände auch vom Prinzip des Leistungswettbewerbs abgewichen werden kann.

Einzelne Beispiele für die von Vergabekammern gebilligte Vergabe von Planungsleistungen im Preiswettbewerb gibt es ja bereits.⁴⁹

48 BKI Baupreisindex, <https://bki.de/baupreisindex.html> (letzter Zugriff am 24.05.2020).

49 Geitel, VPR 2019, 228 und VK Rheinland, Beschluss vom 30.04.2019, VK 10/19.

3 Die Prüfung der Auskömmlichkeit von Planerhonoraren

Aufgrund des EuGH-Urteils dürfen die verbindlichen Preisvorgaben der HOAI bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots keine Berücksichtigung mehr finden. Der unmittelbare Ausschluss mindestsatz-unterschreitender Angebote ist damit nicht länger zulässig.⁵⁰

Wie einleitend bereits erwähnt, zeigt sich seither in der Praxis ein verändertes Bieterverhalten bei Planervergaben. Die Möglichkeit zur freien Angebotskalkulation hat die Anzahl der unter Mindestsatz angebotenen Leistungen deutlich ansteigen lassen.

Zu beobachten ist diese Entwicklung bislang vornehmlich im Bereich der unerschwelligen Vergaben. Hier finden sich mittlerweile regelmäßig Angebote, in denen Projektnachlässe gewährt werden, die das Honorar insgesamt unter Mindestsatzniveau drücken. Ausnahmen sind solche Angebote nicht. Oft liegt rund die Hälfte der Angebote eines Verfahrens in diesem Bereich.

Ob sich ein ähnliches Bieterverhalten im Bereich erschwelliger Verfahren einstellen wird, ist derzeit aufgrund der geringen Anzahl und langen Dauer kartellvergaberechtlicher Vergabeverfahren noch nicht eindeutig erkennbar.

Der Preis gewinnt insgesamt bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen als Wertungskriterium an Bedeutung, womit die Angemessenheitsprüfung ebenfalls wichtiger wird.⁵¹

Die Prüfung und Wertung von Angeboten erfolgt grundsätzlich in vier Stufen. Nach der formalen Prüfung auf der ersten Stufe und der Prüfung der Biitereignung auf der zweiten, erfolgt vor der abschließenden Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots auf der dritten Stufe, die hier betrachtete Angemessenheitsprüfung der Preise.⁵² Durch die Vergaberechtsreform wurde diese ehemals starre Prüfungsreihenfolge mittlerweile etwas gelockert.⁵³

Die deutsche Vergabeverordnung übersetzt dabei die Vorgaben des europäischen Rechts⁵⁴ zur Prüfung von Angebotspreisen inhaltlich fast identisch in nationales Recht. Im Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts besteht für die

50 Fuchs/van der Hout/Opitz, NZBau 2019, 488.

51 Portz, KommJur 2020, 48.

52 Renner in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, §127 GWB, Rn. 20.

53 König in Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, §31 Preisprüfung, Rn. 1.

54 Art. 69 RL 2014/24/EU.

vergebenden Stellen die generelle Pflicht zur Aufklärung ungewöhnlich niedriger Angebote.⁵⁵ Hiervon sind Vergaben von Ingenieur- und Architektenleistungen umfasst.

Im Unterschwellenbereich ist die Lage weniger eindeutig. Zwar existiert in der UVgO eine den Vorschriften der VgV entsprechende Regelung⁵⁶, jedoch ist diese bei Planervergaben aufgrund der Sonderregelung für freiberuflichen Leistungen in §50 UVgO formal nicht anwendbar. Hier besteht eine Regelungslücke, die sich durch eine analoge Anwendung des §44 UVgO auf freiberufliche Leistungen schließen ließe.⁵⁷ Bis zur Schließung dieser Regelungslücke verbleiben rechtliche Unklarheiten, insbesondere bezüglich eines konkreten Prüfungs- und Ausschlussrechtes.⁵⁸

Da das Unterschwellenvergaberecht auf haushaltsrechtlichen Vorschriften fußt und schwerpunktmäßig der sparsamen Verwendung öffentlicher Mittel dient, ist schwer nachvollziehbar, warum gerade hier die Regelungen zur Preisprüfung keine Anwendung finden sollen.

3.1 Sinn und Zweck der Preisprüfung

Aufgabe der Preisprüfung ist es in erster Linie, Angebote, deren Preis nicht in einem angemessenen Verhältnis zur geforderten Leistung steht, zu identifizieren und auszuschließen.⁵⁹

Ziel hierbei ist primär der Schutz öffentlicher Auftraggeber vor der Zuschlagserteilung an Bieter, die aufgrund zu niedrig kalkulierter Preise eine ordnungsgemäße Vertragserfüllung nicht garantieren können. Je nach Auftragsvolumen können erheblich zu knapp kalkulierte Angebote die wirtschaftliche Situation eines Bieters maßgeblich negativ beeinflussen und im Extremfall sogar zu dessen Insolvenz führen. Der Ausfall eines Unternehmens vor vollständiger Vertragserfüllung führt zu einer Gefährdung der eingesetzten öffentlichen Mittel. Dieser Gefährdung soll durch die Preisprüfung vorab begegnet werden.⁶⁰

55 §60 Abs. 1 VgV.

56 §44 Abs. 1 UVgO.

57 Dabringhausen, VergabeNavigator 2019, 11-13.

58 Tiede, NZBau 2020, 232.

59 König in Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, §31 Preisprüfung, Rn. 1.

60 König in Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, §31 Preisprüfung, Rn. 9.

Die Prüfung der Auskömmlichkeit hat der öffentliche Auftraggeber zwar vornehmlich zu seinem eigenen Schutz durchzuführen, allerdings haben auch die übrigen Teilnehmer des Vergabeverfahrens Anspruch auf Einhaltung einer korrekt durchgeführten Preisprüfung. Die Prüfung der Angebotspreise ist somit gleichzeitig ein Werkzeug zur Sicherstellung einer wettbewerbskonformen Auftragsvergabe.⁶¹

Eine Wettbewerbswidrigkeit kann vorliegen, wenn ein Angebot mit der Absicht kalkuliert wurde, Mitbewerber vom Markt zu verdrängen. Der Ausschluss solcher wettbewerbswidriger Angebote dient in diesem Fall dem Bieterschutz.⁶²

3.2 Auskömmlichkeit

Zu unterscheiden ist bei der Preisprüfung zwischen einem unangemessen hohen Preis einerseits und einem unangemessen niedrigen Preis andererseits. Überhöhte Preise sind im Kontext von Planervergaben auch nach Wegfall des bindenden Preisrechts selten problematisch. Zwar können sich im Rahmen des Qualitätswettbewerbs auch sehr hochpreisige Angebote finden, um zuschlagsfähig zu sein, müssten diese aber dennoch die wirtschaftlichsten Gesamtangebote darstellen. Darüber hinaus besteht für öffentliche Auftraggeber die Möglichkeit, ein Vergabeverfahren aufzuheben, sofern alle eingegangenen Angebote jenseits seiner Kostenschätzung liegen.⁶³

Hingegen bergen unangemessen niedrigpreisige Angebote oft das Risiko der Unauskömmlichkeit. Diese besteht dann, wenn der Bieter durch den Auftrag weniger Geld erlöst, als ihm an Selbstkosten durch die Auftragsausführung entstehen. Das Angebot ist damit ein sogenanntes Unterkostenangebot und als solches in sich nicht auskömmlich.⁶⁴

Unterkostenangebote sind jedoch nicht grundsätzlich unzulässig. Sofern die Prognose gerechtfertigt ist, dass der Bieter die Leistung auch zu dem niedrigen angebotenen Preis zuverlässig und vertragsgerecht erbringen kann, ist ein Unterkostenangebot zuschlagsfähig.⁶⁵ Eine positive Vertragserfüllungsprognose ist

61 Hildebrandt, ZfBR 2019, 550.

62 Spiekermann, NJW-Spezial 2011, 526.

63 §63, Abs. 1 und 3, VgV.

64 König in Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, §31 Preisprüfung, Rn. 62.

65 OLG München, Beschluss vom 21. Mai 2010, Verg 02/10.

dabei für die Wertung eines Angebots von entscheidender Bedeutung. Ist sie nicht gegeben, ist das Angebot von der Wertung auszuschließen.⁶⁶

Bei Architekten- und Ingenieurleistungen beschränkte sich die Auskömmlichkeitsprüfung von Angeboten in der Vergangenheit auf die Überprüfung der Einhaltung der preisrechtlich vorgegebenen Honorar-Mindestsätze. Bei Einhaltung dieses Preisrahmens wurde die Auskömmlichkeit unterstellt, schließlich war es erklärtes Ziel der Honorarordnung die auskömmliche Vergütung von Architekten und Ingenieuren sicherzustellen.⁶⁷

Seit dem Wegfall der Preisbindung nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs ist diese Vorgehensweise nicht mehr ausreichend. Auch bei Planervergaben ist nun, wie bei allen übrigen Dienstleistungsvergaben auch, die Auskömmlichkeit der Angebotspreise zu prüfen.⁶⁸

3.3 Identifikation aufklärungsbedürftiger Angebote

Liegen ungewöhnlich niedrige Angebote vor, so sind die auftragsvergebenden Stellen zur Durchführung der Auskömmlichkeitsprüfung verpflichtet. Wann aber ist ein Angebot so ungewöhnlich niedrigpreisig, dass die Aufklärung des Preises verlangt werden muss? Die VgV und UVgO stellen dabei auf den Anschein eines Missverhältnisses zwischen angebotenen Preis und zu erbringender Leistung ab.⁶⁹ Es müssen also Anzeichen für eine mögliche Äquivalenzstörung bereits bei Angebotsabgabe erkennbar sein.⁷⁰ Der Wortlaut der Vorschrift ist dabei weitgehend identisch mit dem der Regelung in der nicht mehr gültigen VOL/A-EG.⁷¹

Bei der Einschätzung und Einordnung eines Angebots als "ungewöhnlich niedrig" im Sinne der VgV/UVgO kommt den Auftraggebern ein Beurteilungsspielraum zu. Der Ermessensbereich ist allerdings begrenzt.⁷²

66 Pape in Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, §60 VgV, Rn.1.

67 Voppel in Voppel/Osenbrück/Bubert, VgV, §60 VgV, Rn. 7.

68 Deutscher Städte- und Gemeindebund, HOAI: Folgerungen aus der EU-Rechtswidrigkeit der Mindestsätze für Kommunen ([https://www.dstgb.de/dstgb/Homepage/Aktuelles/Archiv/Archiv 202019/HOAI%3A Folgerungen aus der EU-Rechtswidrigkeit der Mindestsätze für Kommunen/](https://www.dstgb.de/dstgb/Homepage/Aktuelles/Archiv/Archiv%202019/HOAI%3A%20Folgerungen%20aus%20der%20EU-Rechtswidrigkeit%20der%20Mindestsätze%20für%20Kommunen/), zuletzt abgerufen am 29.05.2020).

69 §60 Abs. 1 VgV und §44 Abs. 1 UVgO.

70 Pauka in MüKoEuWettbR, §60 VgV, Rn. 7.

71 §16 Abs. 6 Satz 1 VOL/A-EG.

72 Csaki, NZBau 2013, 342.

Mit der Identifizierung ungewöhnlich niedriger Angebote endet der Beurteilungsspielraum der Vergabestellen. Sobald diese erkannt sind, ist eine Aufklärung zwingend durchzuführen.⁷³

3.3.1 Identifikation über eine Aufgreifschwelle

Weicht ein Angebot preislich deutlich vom nächstgünstigen Angebot nach unten ab, so kann dies ein Indikator für das Vorliegen eines ungewöhnlich niedrigen Angebots sein. Die Spanne zwischen dem günstigsten und zweitgünstigsten Angebot wird dabei als Aufgreifschwelle bezeichnet. Ist der Preisabstand entsprechend groß, so muss einem öffentlichen Auftraggeber ein Angebot als "ungewöhnlich niedrig" erscheinen und es ist in Folge eine Angebotsaufklärung durchzuführen.⁷⁴ Die Höhe der Aufgreifschwelle ist dabei der Art der zu vergebenden Leistung und dem jeweiligen Markt anzupassen. Zwar ist gerichtlich entschieden, dass ab einer Aufgreifschwelle von 20% ein Angebot "ungewöhnlich niedrig" erscheinen muss, dies lässt aber nicht den Schluss zu, dass unterhalb von 20% keine Pflicht zur Angebotsaufklärung bestehen würde.⁷⁵ Anderserseits wurde in der Rechtsprechung die Notwendigkeit einer Preisauflklärung verneint, wenn der Preisabstand zwischen dem ersten und den folgenden Angeboten weniger als 10% beträgt und das Bieterfeld insgesamt einheitlich beieinander liegt.⁷⁶

Die Höhe der Aufgreifschwelle ist nicht im ganzen Bundesgebiet einheitlich. Abweichend von den höchstrichterlich bestätigten 20% finden sich in einzelnen Landesvergabegesetzen andere Festlegungen.

3.3.2 Identifikation über Abgleich mit der Auftragswertschätzung des AG

Neben der Aufgreifschwelle existieren weitere Indikatoren für aufklärungsbedürftig niedrige Angebote. Geht im Rahmen eines Vergabeverfahrens beispielsweise nur ein einziges Angebot ein, so ist die Ermittlung des Aufklärungsbedarfs über eine Aufgreifschwelle nicht möglich.

In solchen Fällen ist der Vergleich des Angebots mit den Ergebnissen vorangegangener, bereits abgeschlossener Vergabeverfahren oder der Abgleich mit der durch den Auftraggeber vorab erstellten Auftragswertschätzung sinnvoll.

73 Csaki, NZBau 2013, 343.

74 Hildebrandt, ZfBR 2019, 550.

75 BGH, Beschluss vom 31.1.2017, X ZB 10/16.

76 VK Sachsen, Beschluss vom 23.11.2012, 1/SVK/034-12.

Derartige Vergleiche sind jedoch oft weniger aussagekräftig als der Direktvergleich mit Konkurrenzangeboten.⁷⁷

Im Bereich von Planungsleistungen ist ein Abgleich mit den Ergebnissen vorangegangener Vergaben häufig schwierig, da sich Architekten- und Ingenieurleistungen ja gerade durch ihre individuelle, nicht abschließend beschreibbare Aufgabenstellung auszeichnen. Das Vorliegen mehrerer direkt vergleichbarer Planungsvorhaben innerhalb eines Zeitfensters, welches einen Preisvergleich noch gestattet, ist auch bei größeren Auftraggebern relativ selten.

3.3.3 Identifikation über Abgleich mit einer taxmäßigen Vergütung

Bei Bestehen verbindlicher Vergütungsregeln können auch diese als Bezugspunkt zur Identifikation von aufklärungsbedürftigen Angeboten dienen. In der Praxis dürften sich die taxmäßigen Preise allerdings kaum von den Auftragswertschätzungen der Vergabestellen unterscheiden, so dass hieraus üblicherweise kein erweiterter Erkenntnisgewinn zu erwarten ist.

3.3.4 Identifikationsprobleme bei Angeboten über Planungsleistungen

Wo das Preisrecht der HOAI die Identifikation ungewöhnlich niedriger Angebote ehemals sehr einfach machte, wird die Situation nach Wegfall der Verbindlichkeit deutlich komplizierter.

Die Praxis ist hier von diversen Unregelmäßigkeiten geprägt. In den letzten Jahren hatte die Baubranche in Deutschland Hochkonjunktur.⁷⁸ Die Nachfrage nach Architekten- und Ingenieurleistungen war und ist entsprechend groß.

Angesichts dieser Situation war in Vergabeverfahren eine eher geringe Anzahl verhältnismäßig hochpreisiger Angebote zu erwarten. Diese Annahme erfüllte sich in der Praxis bislang aber nur bedingt. Zwar liegt die Anzahl der Bieter erwartungsgemäß niedrig, doch werden gerade bei kleineren Planungsaufträgen oft Projektnachlässe angeboten. Über mögliche Gründe dieser Angebotsgestaltung soll an dieser Stelle nicht spekuliert werden, es bleibt aber festzuhalten, dass sich über verschiedene Planungsdisziplinen hinweg diverse Bieter von den ehemals verbindlichen Honorarvorgaben gelöst haben.

⁷⁷ Csaki, NZBau 2013, 343.

⁷⁸ Das Deutsche Baugewerbe, Baukonjunktur, (<https://www.zdb.de/baukonjunktur>, zuletzt abgerufen am 01.06.2020).

Im Ergebnis liegen heute oft Angebote vor, die noch vor einem Jahr wegen bewusster Mindestsatzunterschreitungen hätten ausgeschlossen werden müssen. Nicht selten liegt dabei ein Teil des Bieterfeldes deutlich unter den HOAI-Mindestsätzen, während ein anderer Teil dem alten Preisniveau treu bleibt. Bei Weitem nicht immer gibt es dabei einzelne Ausreißer nach unten, die die Identifikation eines aufklärungsbedürftig niedrigen Angebots über die Aufgreifschwelle ermöglichen würden.

Der Abgleich von Angeboten mit den Auftragswertschätzungen der Auftraggeber ist oft gleichermaßen wenig hilfreich, weil diese Ermittlungen individuelle Projektnachlässe aufgrund ihrer Unbestimmbarkeit fast immer außer acht lassen.

Als hilfreichster Indikator zur Identifikation ungewöhnlich niedriger Angebote stellt sich in der Praxis, zumindest für Grundleistungen, der direkte Abgleich mit den Honorarsätzen der HOAI dar. Ein Unterschreiten der ehemaligen Mindestsätze kann hier unmittelbar Anlass zur Aufklärung bieten.⁷⁹

Ob ein generelles Aufklären aller mindestenssatz-unterschreitenden Angebote dabei den Königsweg darstellt, ist jedoch fraglich. So ist einerseits rechtlich nicht abschließend geklärt, ob bei geringen Preisabweichungen eines Angebots zum nächstteureren Angebot die Aufklärung überhaupt zulässig ist.⁸⁰ Andererseits führen Angebotsaufklärungen erfahrungsgemäß aufgrund mangelnder vergabe-rechtlicher Kenntnisse auf Bieterseite nicht selten zu gravierenden formalen Fehlern bei der Erläuterung eines Angebots. Diese Fehler erzwingen es, Angebote aus der Wertung zu nehmen, die eigentlich nicht hätten ausgeschlossen werden müssen. Dies ist generell schon wenig wünschenswert, in Zeiten knapper Beteiligung bei Vergabeverfahren umso mehr. Darüber hinaus ist der Ärger auf Bieterseite nicht zu unterschätzen, wenn das eigene, bewusst günstig gestaltete Angebot, aufgrund formaler Fehler im Rahmen der Preisauflklärung ausgeschlossen wird, obgleich Auskömmlichkeit besteht.

Aus der eigenen Praxis kann ich von einigen solcher Fälle berichten. Sie haben nicht selten dazu geführt, dass sich verärgerte Bieter nicht mehr an zukünftigen Verfahren beteiligten. Solange das vorhandene Bieterfeld groß genug ist, sind solche Vorkommnisse zwar unglücklich, aber für die Vergabestellen nicht problematisch. Je nach konjunktureller Lage und regionaler Situation sind viele

79 Brüning, KommJur 2020, 4.

80 Fuchs / van der Hout / Opitz, NZBau 2019, 489.

Kommunen jedoch froh, wenn sich überhaupt eine brauchbare Anzahl von Bietern an Vergabeverfahren beteiligt. Nicht zuletzt sind die ortsansässigen Architekten und Ingenieure bei kleineren Planungsaufgaben oft die Einzigen, die zur Leistungserbringung überhaupt bereit sind. Größere Entfernungen machen die Bearbeitung solcher Projekte mithin schlicht unrentabel.

Die beschriebenen Schwierigkeiten bei der Identifikation möglicher Unauskömmlichkeit ändern dabei nichts an der Notwendigkeit der Aufklärung solcher Angebote. Bis die Rechtsprechung oder die Novellierung der HOAI weitere Anhaltspunkte bieten, wird man die bestehenden Regeln mit besonderem Augenmaß anwenden müssen.

3.4 Aufklärung von Angeboten

Ist ein Angebot als ungewöhnlich niedrigpreisig identifiziert, so muss der öffentliche Auftraggeber eine Aufklärung desselben zwingend herbeiführen. Mit dem Aufklärungsverlangen wird dem Anbieter nicht nur der Umstand mitgeteilt, dass die Vergabestelle sein Angebot für ungewöhnlich niedrig erachtet, es werden ihm auch die Gründe für diese Einschätzung mitgeteilt. Die Darlegung der Seriosität seines Angebots hat der Bieter dann innerhalb einer ihm eingeräumten angemessenen Frist zu erbringen. Dabei müssen alle Zweifel des Auftraggebers hinsichtlich einer nicht auftragskonformen Leistungserbringung ausgeräumt werden.⁸¹

Bezugspunkt für die Beurteilung der Auskömmlichkeit ist dabei der Gesamtpreis des Angebots, nicht die Preise einzelner Positionen.⁸² Allerdings können ungewöhnlich niedrig angebotene Einzelpositionen in Verbindung mit anderen ungewöhnlich hochpreisig angebotenen Positionen durchaus Grund zur Überprüfung von Preisverlagerungen bieten. Derartige, von den Anbietern nicht sachlich begründete Preisverlagerungen, sind unzulässig.⁸³

Unter Berücksichtigung sämtlicher vom Bieter übersandten Unterlagen wird das Angebot vom Auftraggeber erneut auf Einhaltung eines angemessenen

81 Pauka in MüKoEuWettbR, §60 VgV, Rn. 12-13.

82 König in Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, §31 Preisprüfung, Rn. 63-64.

83 Hildebrandt, ZfBR 2019, 551.

Äquivalenzverhältnisses zwischen dem angebotenen Preis und der zu erbringenden Leistung überprüft.

Die Prüfungskompetenzen des Auftraggebers werden in § 60, Abs. 2 VgV näher bestimmt. Hier nennt die Vergabeverordnung einzelne Beispiele für Gründe, die zur Unauskömmlichkeit von Angeboten führen können. Die Liste der in der Verordnung genannten Gründe ist dabei nicht abschließend.⁸⁴

Lässt sich der Preis nicht zufriedenstellend aufklären, so darf der Auftraggeber die Zuschlagerteilung auf das Angebot ablehnen,⁸⁵ es sei denn, es wird erkennbar, dass der Bieter gegen die Verpflichtungen aus §128 Abs.1 GWB verstoßen hat. Insbesondere Verstöße gegen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Vorschriften führen unweigerlich zum Ausschluss des Angebots. Eine Ermessensentscheidung steht dem Auftraggeber in diesem Fall nicht zu. Auszuschließen ist ein Angebot auch dann, wenn der Bieter nicht bei der Angebotsaufklärung mitwirkt.⁸⁶

Für den Unterschwellenbereich finden sich in §44 UVgO wortgleiche Regelungen. Wie bereits erwähnt, ist die analoge Anwendbarkeit dieses Paragraphen auf die Vergabe von freiberuflichen Leistungen noch nicht abschließend geklärt.⁸⁷

3.4.1 Die Struktur von Angeboten über Planungsleistungen

Planungsleistungen sind primär durch den Leistungsfaktor Personal geprägt. Bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen sind daher zur Bewertung der Auskömmlichkeit in erster Linie die Lohnkosten maßgeblich. Diese bestimmen sich aus den Stundensätzen der Planer einerseits und dem Umfang des erforderlichen Personaleinsatzes andererseits.⁸⁸

Die Höhe der Stundensätze ist von mehreren Faktoren abhängig. Einfluss auf die internen Personalkosten nehmen der Sitz des Unternehmens, die Qualifikation und Altersstruktur der angestellten Planer, Art und Höhe der gewährten Sozialleistungen, der Anteil der nicht-produktiv tätigen Personen im Unternehmen, sowie individuelle arbeitsvertragliche Regelungen.

84 BR-Drucksache 87/16 vom 29.02.2016, S. 215.

85 § 60 Abs. 3 VgV.

86 Pilarski, Michael, „Vorteilhafte Gelegenheit“ oder „nicht auskömmliches Angebot“?, (<https://www.vergabeblog.de/2018-12-04/vorteilhafte-gelegenheit-oder-nicht-auskoemmliches-angebot/>, zuletzt abgerufen am 11.06.2020).

87 Tiede, NZBau 2020, 232.

88 Fuchs / van der Hout / Opitz, NZBau 2019, 489.

Neben den unmittelbar personalbezogenen Faktoren entstehen bei dem Betrieb eines Planungsbüros Kosten, die über einen Gemeinkostenanteil gedeckt werden müssen. Hierunter fallen alle Kosten für Räumlichkeiten, Reise, KFZ, Versicherungen, IT, Material und ähnliches.⁸⁹

Daneben fällt ein Posten für die Deckung von unternehmerischen Risiken an, oft 'Unternehmerbedarf' genannt. Dieser Posten umfasst auch einen Wagnis- und Gewinnzuschlag.⁹⁰

Zur einfacheren Handhabung werden die internen Lohnkosten, die Gemeinkosten und die unternehmerischen Zuschläge häufig zu einem mittleren Stundensatz zusammengerechnet, der dann als sogenannter "externer Stundensatz" bei der Kalkulation eines Angebots angesetzt wird.

3.4.2 Darlegung der Auskömmlichkeit durch den Planer

Zu Darlegung der Auskömmlichkeit seines Angebots muss ein Unternehmer glaubhaft erklären können, warum er die ausgeschriebene Leistung vertragsgemäß zu dem angebotenen Preis anbieten kann.

Bewegt sich sein Angebot im Rahmen des ehemaligen Preiskorridors der HOAI, dürfte die Argumentation mit Verweis auf die Auskömmlichkeit der HOAI-Sätze sehr einfach ausfallen. Allerdings wird bei derart gelagerten Honorarangeboten auch nur in den seltensten Fällen die Auskömmlichkeit in Frage gestellt werden. Bei Gewährung eines Projektnachlasses, der zur Unterschreitung des Mindestsatzes führt, wird ein Verweis auf die HOAI alleine nicht reichen. Dies gilt umso mehr, wenn Leistungen vom Angebot umfasst sind, die über die ehemals geregelten Grundleistungen hinausgehen. Hier ist der Rückgriff auf die eigene Angebotskalkulation nötig. Alle zuvor genannten Kostenfaktoren sind bürospezifisch und bieten je nach Organisation, Größe, Lage, Ausstattung, Auslastung und Risikoaffinität des Büros die Möglichkeit, Preisabweichungen nach unten zu begründen.

Der Einsatz studentischer Mitarbeiter ist in deutschen Planungsbüros weit verbreitet und darf als Maßnahme zur Senkung der Lohnkosten verstanden werden. Die Ausgewogenheit des Verhältnisses erfahrener Planer zu studentischen

⁸⁹ AHO (Ausschuss der Verbände und Kammern der Ingenieure und Architekten für die Honorarordnung), Stundensatzempfehlungen, <https://www.aho.de/service/stundensatzempfehlung>, zuletzt abgerufen am 08.06.2020).

⁹⁰ Plankemann, Axel, Gründlich rechnen, Deutsches Architektenblatt online, (<https://www.dabonline.de/2010/05/30/grundlich-rechnen>, zuletzt abgerufen am 08.06.2020).

Arbeitskräften ist zwar ein relevanter Faktor für die zu erwartende Qualität einer Planungsleistung, aber für öffentliche Auftraggeber im Zuge der Preisauflärung nur schwer prüfbar.

Weit häufiger als über die Höhe der angesetzten Stundensätze werden Angebote damit begründet, dass durch Steigerungen der Arbeitseffizienz der zeitliche Aufwand zur Umsetzung eines Projektes geringer ausfallen könne als auftraggeberseitig angenommen.⁹¹

Legt ein Büro beispielsweise differenziert dar, dass es aufgrund bereits realisierter ähnlicher Bauprojekte Vorerfahrungen besitzt, die den Planungsaufwand bei dem ausgeschriebenen Projekt reduzieren, so kann dieser Umstand zur Begründung des Angebotspreises beitragen. Wie groß die Einsparungen aufgrund solcher Vorerfahrungen sind, lässt sich für die vergabende Stelle nur schwer greifen.

Die Lagegunst des Büros ist ein weiterer Faktor, der insbesondere bei der Vergabe von Bauüberwachungsleistungen gewichtig ist. Die Nähe des Planungsbüros zur Baustelle trägt hier unmittelbar zur Reduktion des Personalaufwands bei. Gerade bei kleineren Projekten im kommunalen Umfeld lassen sich oft zahlreiche Projekte parallel durch einen einzelnen Bauleiter abwickeln. Hierdurch entstehen Synergieeffekte, die mitunter sehr günstige Angebote rechtfertigen können. Prüfen lassen sich solche Effekte allerdings ebenfalls kaum.

Darüber hinaus sind zahlreiche andere Beispiele für Synergien und Rationalisierungen der Planungstätigkeit denkbar: Bürozusammenschlüsse, der Einsatz produktivitätssteigernder IT-Techniken, bestimmte modulare Arbeitsmethodiken und Weiteres mehr.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sich bieterseitig im Bereich von Architekten- und Ingenieurleistungen immens viele Begründungen für besonders günstige Angebote finden lassen. Ein Großteil dieser Gründe ist nur sehr eingeschränkt nachprüfbar.

Angesichts der zahlreichen Möglichkeiten zur Darlegung der Seriosität eines Angebots ist die Prognose einer negativen Vertragserfüllung schwierig.⁹² Entsprechend wichtig sind daher zuverlässige Anhaltspunkte, die eine faire und belastbare Bewertung der vorgebrachten Begründungen ermöglichen.

91 Fuchs / van der Hout / Opitz, NZBau 2019, 489.

92 Hänsel, NJW-Spezial 2019, 621.

3.4.3 Prüfung der Auskömmlichkeit anhand einer taxmäßigen Vergütung

Wichtigster Indikator zur Bestimmung der auskömmlichen Höhe eines Honorarangebots war in der Vergangenheit stets die HOAI. Als staatlich festgesetzte, rechtmäßige Vergütungsordnung fungierte die HOAI als Taxe im Sinne des §632 Abs. 2 BGB.⁹³ Dabei beschränkte sich die Verbindlichkeit der Preisvorgaben allein auf die in der Honorarordnung beschriebenen Grundleistungen.⁹⁴ Die HOAI schrieb dabei keine bestimmte Honorarhöhe vor, sondern definierte einen Rahmen, innerhalb dessen sich die vertraglich vereinbarten Honorare zu bewegen hatten. Die Art der Berechnung der Honorare war nicht verbindlicher Regelungsbestandteil der HOAI. Es wurde daher von einem Preisrahmenrecht gesprochen.⁹⁵

Nachdem der EuGH die Unionsrechtswidrigkeit der verbindlichen Mindest- und Höchstsätze festgestellt hat, fehlt es der HOAI an den Kriterien der Rechtmäßigkeit und der Verbindlichkeit, um weiterhin als Taxe gelten zu können.⁹⁶ Eine taxmäßige Vergütung existiert damit für Architekten- und Ingenieurleistungen nicht mehr und kann in Folge auch nicht länger Bezugspunkt zur Bestimmung der Auskömmlichkeit sein.

3.4.4 Prüfung der Auskömmlichkeit anhand der üblichen Vergütung

In Ermangelung einer taxmäßigen Vergütung kann bei der Bewertung eines Angebotspreises die Höhe der üblichen Vergütung herangezogen werden.⁹⁷

Auch hier fällt der Blick als erstes auf die HOAI, schließlich gab sie durch ihre Verbindlichkeit einen Preiskorridor vor, der in der Vergangenheit zwangsläufig auch die Höhe einer üblichen Vergütung bestimmte.

Die HOAI spielte bei der Ermittlung einer üblichen Vergütung eine etwas unklare Rolle. Die verbindlichen Mindestsätze ersetzten in der Praxis fast immer eine übliche Vergütung. Dem Begriff der üblichen Vergütung kam daher im Geltungsbereich der HOAI aufgrund der Fiktion der Mindestsatzvereinbarung bei Fehlen einer Vergütungsvereinbarung keine praktische Bedeutung zu.⁹⁸

93 Mundt in Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, beck-online.Großkommentar, §632 BGB, Rn. 579.1.

94 Busche in MüKoBGB, § 632 Vergütung, Rn. 21.

95 Fuchs / van der Hout / Opitz, NZBau 2019, 485.

96 Bitzer/Wittig, NZBau 2019, 686.

97 §632 Abs. 2 BGB für Werkvertragsverhältnisse oder analog §612 Abs. 2 BGB für Dienstvertragsverhältnisse.

98 Wirth/Galda in Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, §1 Anwendungsbereich, Rn. 3.

Trotz oder gerade wegen ihres verbindlichen Charakters wurden sowohl die Mittel- als auch die Mindestsätze der HOAI selbst als nicht maßgeblich für die Höhe einer üblichen Vergütung erachtet. Die Höhe der üblichen Vergütung war in den wenigen Fällen, in denen ausnahmsweise keine festgelegten Mindestsätze galten, durch eine Einzelfallbetrachtung, das heißt durch einen Sachverständigen, zu ermitteln.⁹⁹

Die Ermittlung üblicher Vergütungshöhen über Honorarsachverständige ist, im Rahmen der vergaberechtlichen Preisprüfung, nicht praxisgerecht. Der Gedanke liegt daher nahe, die als auskömmlich bekannten Honorarsätze der HOAI ungeachtet der vorgenannten Bedenken als Indiz für die Höhe einer üblichen Vergütung heranzuziehen.

Seit dem Wegfall des verbindlichen Preisrechts herrscht allerdings große Uneinigkeit über die Aussagekraft der HOAI-Sätze. Auf der einen Seite existiert die Rechtsauffassung, dass die Mindestsätze noch als Maßstab einer üblichen Vergütung im Sinne des §632 Abs. 2 BGB gelten können.¹⁰⁰ Dieser Ansicht steht die Auffassung gegenüber, dass seit dem EuGH-Urteil die HOAI-Sätze eben genau keine Aussage mehr zur üblichen Vergütung treffen.¹⁰¹

Auch wenn eine vertiefte Diskussion dieser beiden Rechtspositionen an dieser Stelle nicht stattfindet, so ist doch festzustellen, dass die Anwendung der HOAI-Mindestsätze im Zuge der Preisprüfung fraglich oder zumindest mit einer großen Rechtsunsicherheit verbunden ist.¹⁰²

Der Bundesgerichtshof, dem die vorgenannte Problematik zur Entscheidung vorlegt wurde, hat keinen direkten Beschluss über die Weitergeltung der HOAI-Mindestsätze gefasst, sondern die Frage zur Klärung an den EuGH weiterverwiesen.¹⁰³ Bis zu einer Entscheidung aus Luxemburg wird die Rechtsunsicherheit somit weiterhin bestehen bleiben.

Der Vergleich mit Angeboten aus bereits abgeschlossenen Vergabeverfahren dürfte leider ebenfalls kaum bei der Ermittlung einer angemessenen Vergütung helfen, da die Angebote in der Vergangenheit durch die Vorgaben des Preisrechts geprägt wurden und wenige frei kalkulierbare Bestandteile enthielten.

99 Locher/Koebler/Frik, Kommentar zur HOAI, §7, Rn 95.

100 LG Hamburg, Urteil vom 23.05.2019, 321 O 288/17.

101 Olrik Vogel, IBR 2020, 133 und OLG Celle, Urteil vom 08.01.2020, 14 U 96/19.

102 Tiede, NZBau 2020, 231.

103 BGH, Beschluss vom 14.05.2020, VII ZR 174/19.

3.4.5 Probleme bei der Auskömmlichkeitsprüfung und ein Lösungsansatz

Eine taxmäßige Vergütung besteht nicht mehr, die Ermittlung einer üblichen Vergütung ist mit großen rechtlichen Unsicherheiten verbunden und der Vergleich mit Angeboten bereits abgeschlossener Vergaben ist kaum sinnvoll möglich. Stecken wir bei der Auskömmlichkeitsprüfung in einem Dilemma?

Nein. Es bedarf bei anderen Dienstleistungen auch nicht zwingend eines verbindlichen Preisrechts, um ein Angebot prüfen zu können. Ist ein Angebot in sich strukturiert aufgebaut und wird der Angebotspreis nachvollziehbar heruntergebrochen auf prüfbare Angebotsbestandteile, so lässt sich ein Preis durchaus auf seine Auskömmlichkeit hin bewerten. Warum ist der Wegfall des Preisrechts gerade bei Planungsleistungen so problematisch?

Ein Teil des Problems liegt in den Eigenarten von Architekten- und Ingenieurleistungen, sowie in der Art, wie Honorarangebote über Planungsleistungen aufgebaut sind. Anders als beispielsweise Angebote von bauausführenden Unternehmen, die ganz detailliert jede einzelne Leistung bepreisen und mit Zuschlägen versehen, sind Angebote über Planungsleistungen oft sehr unspezifisch. Das verwundert nicht. Schließlich sind es ja erst die Planer, die aus den unspezifischen Vorstellungen und Wünschen der Bauherren differenzierte Leistungskataloge erstellen. Sind Architekten- und Ingenieurleistungen somit unkalkulierbar? Ganz eindeutig nicht. Der Planungsaufwand lässt sich zwar nicht exakt ermitteln, eine fundierte Aufwandseinschätzung ist aber durchaus möglich.

Es lohnt sich, an dieser Stelle einen Blick über den Geltungsbereichs der HOAI hinaus zu werfen, auf das Vorgehen bei sehr großen Bauvorhaben. In diesem Umfeld besteht schon länger die Notwendigkeit, Honorarangebote unabhängig von der HOAI zu prüfen und zu bewerten. Bedingt wird dies zum einen durch die Teilnahme ausländischer Planungsbüros an großen Vergabeverfahren. Diese Büros waren auch in der Vergangenheit in ihren Angebotsgestaltungen nicht durch die Regelungen der HOAI gebunden.¹⁰⁴ Zum anderen waren bei Auftragswerten, die die Tafelwerte der HOAI überschritten, die Honorare auch schon vor dem Urteil des EuGH nicht verbindlich geregelt.¹⁰⁵

104 §1 HOAI 2013.

105 Voppel in Voppel/Osenbrück/Bubert, VgV, §60 VgV, Rn. 10.

Angebote, welche die extrapolierten Honorare deutlich unterschritten, waren und sind bei solch großen Projekten in der Praxis üblich. Zur Bewertung der Angebotspreise kann ein Werkzeug helfen, das bislang vornehmlich zum Nachweis der Leistungsfähigkeit bzw. der Personalkapazität eines Büros dient: die Personaleinsatzplanung.

Bei Großprojekten wird auftraggeberseitig regelmäßig die Vorlage einer solchen Personaleinsatzplanung gefordert. Diese Planungen stellen den anfallenden Personalaufwand auf Basis eines Rahmenterminplans über den gesamten Projektverlauf dar. Hierbei wird der Aufwand sämtlicher maßgeblicher Projektbearbeiter monatsweise ermittelt und in Manntagen ausgegeben. Häufig finden sich solche Aufstellungen in den Präsentationen der Bieter im Rahmen von Verhandlungsverfahren.

Die angebotenen Stunden- oder Tagessätze werden dabei zumeist über die Angebotsformblätter in den Vergabeunterlagen abgefragt. Durch Übereinanderlegen des dargestellten Personalaufwands mit den abgefragten Stundensätzen und Zuschlägen wird eine Plausibilisierung bzw. ein Abgleich mit einem über die Berechnungsmethodik der HOAI ermittelten Honorar möglich.

Auch wenn die Stundensätze unternehmensspezifisch und damit nicht vollständig überprüfbar sind, bieten solche Aufstellungen dem Auftraggeber eine wertvolle Grundlage bei der Prüfung. Sie ermöglichen sowohl den Vergleich der Stundensätze und Zuschläge der Bieter untereinander, als auch den Abgleich des von den Bietern veranschlagten Gesamtaufwands mit der eigenen Schätzung.

Die Forderung solcher Personaleinsatzplanungen in Vergabeverfahren bringt bei allen Vorteilen auch einzelne Schwierigkeiten mit sich.

Um von der Vorlage bieter eigener Personalplanungen bei der Angebotsprüfung maximal profitieren zu können, müsste auch die Auftragswertschätzung des Auftraggebers aufwandsbezogen erfolgen. Vielen Auftraggebern wird die Erstellung eigener aufwandsbezogener Auftragswertschätzungen in Ermangelung von Kapazitäten oder Fachkenntnissen jedoch schwerfallen. Selbst für baufachkundige Vergabestellen ist die Ermittlung belastbarer quartalsbezogener Aufwandswerte aufwändig und schwierig. Angesichts des großen Drucks, unter dem in vielen Kommunen Bauprojekte vergeben und umgesetzt werden müssen,

ist ein Rückgriff auf die komfortable Honorarermittlung über die HOAI zur Auftragswertschätzung zu erwarten.

Die HOAI ermittelt das Honorar im Gegensatz zu den vorgenannten Personalplanungen jedoch leistungsbezogen und nicht aufwandsbezogen. Dadurch beschränkt sich der später mögliche Prüfungsumfang weitgehend auf den Vergleich der Angebotssumme. Die Möglichkeit zum Abgleich des Zeitaufwandsansatzes eines Bieters mit der eigenen Auftragswertschätzung ist dann nicht gegeben. In Zeiten guter konjunktureller Lage, in denen sich die Bieter weniger zahlreich an Vergabeverfahren beteiligen, stehen oft nur wenige oder gar keine Konkurrenzangebote zum Vergleich zur Verfügung. Gerade hier wäre die Vergleichsmöglichkeit zwischen Angebot und Kostenschätzung des Auftraggebers sehr hilfreich.

Die große Gewichtung der qualitativen Kriterien führt in der Praxis bei Vergabeverfahren für Architektenleistungen mitunter zu dem Umstand, dass sich nach Durchführung eines Planungswettbewerbs die Zweit- und Drittplatzierten den Aufwand einer Teilnahme am nachfolgenden Verhandlungsverfahren sparen, weil eine Änderung der Bieterreihenfolge nicht zu erwarten ist. Das Angebot des Wettbewerbsgewinners ist somit nicht selten das einzige verbleibende. Hier wäre der Abgleich mit der Eigenermittlung der Vergabestelle wieder höchst nützlich.

Nun sind die meisten Honorarangebote von Preisträgern nicht unauskömmlich niedrig, allerdings können auch die Wettbewerbsgewinner nicht wissen, ob ihre Konkurrenten nicht gerade extra günstige Angebote abgeben, um den Nachteil des zweiten oder dritten Platzes im Planungswettbewerb über den Preis auszugleichen. Auch für die Preisträger besteht somit die Notwendigkeit, günstig anzubieten. Noch ist in der Praxis nicht erkennbar, ob dieser Druck zum Ausgleich des Wertungsvorsprungs in Zukunft immens niedrige Angebote von Zweit- und Drittplatzierten hervorbringen wird. Auszuschließen ist eine solche Entwicklung angesichts des Wegfalls der Preisbindung jedoch nicht. Die Preisprüfung kann damit auch bei Angeboten von Preisträgern durchaus notwendig sein.

Problematisch ist bei der Forderung von Personaleinsatzplanungen vor allem der mit ihrer Aufstellung verbundene Aufwand für die Bieter. Bei der Vergabe von Großprojekten sind die Bieter verständlicherweise deutlich eher bereit einen hohen Teilnahmeaufwand zu akzeptieren als bei kleineren Projekten, bei denen

der Arbeitseinsatz für die Bieter schnell nicht mehr in einem angemessenen Verhältnis zum Auftragswert steht.

Hinzu kommt, dass sich an Vergabeverfahren für kleine Projekte in der Regel kleinere Büros beteiligen. Die systematische Auswertung von Projekten, insbesondere die Erfassung der bei der Projektarbeit angefallenen Stunden, erfolgt in kleineren Büros deutlich weniger häufig als in größeren.¹⁰⁶ Die Statistik belegt hier, was sich in der Praxis im Gespräch mit vielen Planern zeigt: Nur rund die Hälfte der kleinen Büros kalkuliert ihre Angebote auf der Basis von Aufwand und Stundensätzen. Für diejenigen, die sich bislang ausschließlich auf die Auskömmlichkeit der HOAI verlassen haben, wird das Anfertigen aufwandsbezogener Personaleinsatzplanungen in Ermangelung eigener Daten mühsam.

Auch wenn das Durchführen von Projektauswertungen und die Ermittlung eigener Kennzahlen unternehmerischen Wert jenseits von Vergabeverfahren für die Büros haben kann, so steht zu befürchten, dass die Teilnahme von Bietern an Verfahren für kleine Planungsvorhaben abnehmen könnte, wenn solche Forderungen generell für alle Bieter erhoben würden. Erfahrungsgemäß beschäftigen sich gerade viele Architekten nur ungern mit kaufmännischen Tätigkeiten, ein gewisser Abschreckungseffekt ist daher nicht auszuschließen.

Um den Aufwand für die Bieter zu reduzieren, könnte hier die Kalkulation nur vom Bestbieter und nur im Falle des Vorliegens eines aufklärungsbedürftig niedrigen Angebots verlangt werden. Dann müsste der Auftraggeber jedoch auf die Möglichkeit des Abgleichs einer Aufwandskalkulation mit der aus Konkurrenzangeboten verzichten. Das Resultat wäre das Gleiche wie zuvor erwähnt: Die Vergabestelle könnte dann nur die eigene Wertermittlung mit der aufwandsbezogenen Kalkulation des Bieters vergleichen. Je nach Ausgestaltung der eigenen Auftragswertermittlung wäre die Aussagekraft eines solchen Abgleichs recht gering.

Ein weiteres Problem ergibt sich aus der Forderung nach solchen Aufstellungen für junge Büros. Viele der kleinen Büros, die sich gerade erst am Markt behaupten wollen und daher sehr günstig anbieten, verfügen nicht über genug Erfahrung und bereits fertiggestellte Vergleichsprojekte, um den Aufwand belastbar abschätzen

¹⁰⁶ Bundesarchitektenkammer, Struktur- und Gehaltsanalyse der Architekten und Planer 2018, S. 26, (<https://www.bak.de/w/files/bak/07-daten-und-fakten/architektenbefragungen/gehaltsumfrage/bak-broschuere-mitgliederbefragung2018endfassung.pdf>, zuletzt abgerufen am 09.06.2020).

zu können. Eine eigene Datengrundlage existiert für sie nicht. Diese jungen Büros nutzen daher oft die HOAI als Anhaltspunkt und verlassen sich darüber hinaus auf die eigene Leidenschaft. Gerade am Anfang der Selbstständigkeit arbeiten viele Planer oft mit großem Engagement für sehr geringe Stundenlöhne. Eine derartige Personaleinsatzplanung sähe, verglichen mit der von etablierten Konkurrenten, schnell unauskömmlich aus. Zu Bedenken ist dabei allerdings, dass viele dieser kleinen Büros nur sehr geringe laufende Kosten haben werden. Die erhöhte Gefahr einer Insolvenz sollte hier zumeist nicht bestehen.

Resümierend lässt sich feststellen, dass das größte Hemmnis bei der Erstellung von Personaleinsatzplanungen der damit mittelbar oder unmittelbar verbundene Aufwand ist. Dieser Umstand lässt allerdings nicht den Schluss zu, dass das Führen eines kalkulatorischen Nachweises des eigenen Angebots für Ingenieure und Architekten unzumutbar ist. Ein freiberuflich tätiger Planer sollte sein Angebot differenziert und seriös darlegen können.

Die Honorarermittlung über die HOAI war bequem. Der Aufwand für die Anfertigung von Projektkalkulationen ist aber keineswegs verschenkte Zeit. Im Gegenteil, jenseits aller Vergabeverfahren können Planungsbüros von eigenen Projektaufwandskalkulationen deutlich profitieren. Als Beispiel sei hier nur die Diskussion um zusätzliches Honorar im Falle von Bauzeitverzögerungen genannt. Das Vorliegen einer Kalkulation kann in solchen Fällen Anhaltspunkte für mögliche entstehende Kosten geben, die sich bei einer rein leistungsbezogenen Honorarermittlung über die HOAI nicht finden ließen.¹⁰⁷

107 Motzke, DAB 06-2020, 34-36.

4 Die HOAI nach dem EuGH-Urteil

Für die Prüfung und Bewertung von Planerhonoraren ist die HOAI von großer Bedeutung. Der Wert der Honorarordnung besteht dabei nur zu einem Teil aus dem verbindlichen Preisrecht, mindestens ebenso bedeutsam ist die hergestellte Verknüpfung des Preises mit einer bestimmten Leistung. Zwar kommt den Leistungsbildern der HOAI keine rechtlich bindende Wirkung zu, sie stellen aber dennoch die wichtigsten allgemein anerkannten Kriterien zur Gliederung und Bewertung von Planungsleistungen dar.

Aufgrund der Wichtigkeit der HOAI für die Preisprüfung wird an dieser Stelle ein kurzer Blick auf das Urteil des europäischen Gerichtshofes geworfen, welches den Anstoß für die vorgenannten Veränderungen gab.

4.1 Das Urteil des EuGH

Die Lektüre der letzten Seiten mag den Eindruck vermittelt haben, die HOAI sei durch das EuGH-Urteil in Gänze beerdigt worden. Dies ist jedoch mitnichten der Fall. Festgestellt hat der europäische Gerichtshof nur die Unionsrechtswidrigkeit der verbindlichen Mindest- und Höchstsätze der HOAI.¹⁰⁸

Aber der Reihe nach. Wie kam es überhaupt dazu, dass die HOAI vor dem EuGH landete?

Im Jahr 2006 erließ das europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union die Richtlinie RL2006/123, genannt Dienstleistungsrichtlinie. Ziel dieser Richtlinie war, wie zu Beginn dieser Arbeit schon erwähnt, die Schaffung eines europäischen Rechtsrahmens, der die Niederlassungsfreiheit und den ungehinderten Dienstleistungsverkehr zwischen den einzelnen Mitgliedstaaten der EU sicherstellt.¹⁰⁹

Da verbindliche Preisvorschriften eine Einschränkung des Dienstleistungsverkehrs darstellen, lässt die EU-Richtlinie solche Preisregelungen für Dienstleistungen nur dann zu, wenn diese keine Diskriminierung für Angehörige anderer Staaten darstellen, wenn sie darüber hinaus durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind und letztlich zur

¹⁰⁸ EuGH, Urteil v. 04.07.2019, C-377/17, Rn. 99.

¹⁰⁹ Amtsblatt der Europäischen Union, 27.12.2006, L376, Erwägungsgrund 12, S. 38.

Verwirklichung des Ziels in einer Art geeignet sind, dass keine weniger einschränkende Maßnahme in gleicher Weise erreichen kann.¹¹⁰

Im Jahr 2015 wies die europäische Kommission die Bundesrepublik Deutschland darauf hin, dass die verbindlichen Honorarvorschriften der HOAI einen Verstoß gegen die EU-Dienstleistungsrichtlinie darstellen könnten.

Da die vorgetragenen Erläuterungen der deutschen Behörden die EU-Kommission nicht überzeugten, reichte diese am 23. Juni 2017 Klage gegen die Bundesrepublik ein, um feststellen zu lassen, ob Deutschland durch Festhalten an den verbindlichen Honorarsätzen der HOAI gegen die Vorgaben der Dienstleistungsrichtlinie RL2006/123 verstoßen habe.¹¹¹

Begründet wurde die Klage insbesondere mit einem Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit, der durch die Beschränkung des Zugangs zum deutschen Markt entstanden sein soll. Die EU-Kommission führte dazu aus, die Honorarvorschriften der HOAI verhinderten oder erschwerten Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten den Zugang zum deutschen Markt, in dem ihnen die Möglichkeit verwehrt würde, ihre Leistungen unter- bzw. oberhalb des Preisrahmens der HOAI anzubieten.¹¹²

Weiterhin sah die EU-Kommission eine Rechtfertigung des Eingriffs nicht ausreichend durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gegeben. Die HOAI gestatte es über Baukostenvereinbarungen Honorare unterhalb der Mindestsätze zu vereinbaren. Von dieser Möglichkeit sei in der Praxis reger Gebrauch gemacht worden, ohne dass ein Verfall der Planungsqualität festzustellen gewesen wäre. Die EU-Kommission folgerte daraus, dass kein unmittelbarer Zusammenhang zwischen einer verbindlichen Preisvorschrift und einer Qualitätssicherung bestehe.¹¹³

Darüber hinaus sah die Klägerin die Regelungen der HOAI als ungeeignet an, um den Verbraucherschutz in Deutschland sicherzustellen. Insbesondere über die Angemessenheit der Preise informiere die HOAI die Verbraucher nicht.¹¹⁴

110 Art. 15 Abs. 3 Richtlinie 2006/123/EG.

111 Amtsblatt der Europäischen Union, 14.08.2017, C269/19.

112 EuGH, Urteil v. 04.07.2019, C-377/17, Rn. 19-21.

113 EuGH, Urteil v. 04.07.2019, C-377/17, Rn. 25-27.

114 EuGH, Urteil v. 04.07.2019, C-377/17, Rn. 31.

Die Bundesrepublik Deutschland legte zur Verteidigung der HOAI dar, dass der Markt für Planungsleistungen in Deutschland durch eine Vielzahl kleiner Dienstleistungserbringer geprägt sei, und dass die Festsetzung von Mindestpreisen geeignet sei, um einen ruinösen Konkurrenzkampf zu verhindern, der zu einem Qualitätsverfall der Planungsleistungen führen könne. Die Honorarsätze der HOAI dienten damit letztlich dem Verbraucherschutz sowie dem Erhalt der Baukultur, des ökologischen Bauens und der Qualität der Planungsleistungen in Deutschland.¹¹⁵

Die Niederlassungsfreiheit sah die Bundesrepublik gerade deshalb nicht als beeinträchtigt an, weil die HOAI keine Beschränkungen zur Ausübung der beruflichen Tätigkeiten enthalte. Die Berufsausübung sei jedermann ermöglicht.¹¹⁶

Der EuGH folgte der Bundesrepublik Deutschland dahingehend, dass die Regelungen der HOAI nicht diskriminierend seien. Auch stellten die genannten Ziele des Erhalts der Bausicherheit, der Baukultur und des Verbraucherschutzes zwingende Ziele des Allgemeininteresses dar, welche die Aufstellung von Preisbindungen rechtfertigen können.¹¹⁷

Weiterhin stellte das Gericht fest, dass die Marktsituation in Deutschland derart gestaltet ist, dass die Gefahr eines Qualitätsverfalls im Bereich von Planungsleistungen bestehe. Es erkannte weiterhin an, dass die Festsetzung von Mindesthonoraren eine geeignete Maßnahme sein könne, um dieser Gefahr zu begegnen.¹¹⁸

Die Tatsache jedoch, dass die HOAI gerade keine Beschränkungen hinsichtlich der Berufsausübung enthalte und somit jeder ungeachtet seiner Qualifikation Planungsleistungen in Deutschland erbringen könne, lasse eine Inkohärenz in den deutschen Regelungen erkennen. Ohne Regelungen zur Sicherung beruflicher Qualifikation sei die Festsetzung von Mindestsätzen alleine nicht geeignet, um die vorgebrachten Ziele zu erreichen.¹¹⁹

115 EuGH, Urteil v. 04.07.2019, C-377/17, Rn. 40-43.

116 EuGH, Urteil v. 04.07.2019, C-377/17, Rn. 50.

117 EuGH, Urteil v. 04.07.2019, C-377/17, Rn. 68-72.

118 EuGH, Urteil v. 04.07.2019, C-377/17, Rn. 81-82.

119 EuGH, Urteil v. 04.07.2019, C-377/17, Rn. 90-92.

In Folge dessen stellte der Europäische Gerichtshof fest, dass die Beklagte durch Festhalten an den verbindlichen Honorarsätzen der HOAI einen Verstoß gegen die europäische Dienstleistungsrichtlinie begangen hat.¹²⁰

4.2 Die Novellierung der HOAI

Bemerkenswert ist dabei, dass nur die Verbindlichkeit der Honorarsätze als rechtswidrig festgestellt wurde, die HOAI als solche wurde nicht in Frage gestellt. Die Bundesrepublik ist durch das Urteil verpflichtet die Honorarordnung so anzupassen, dass der Verstoß gegen die EU-Dienstleistungsrichtlinie abgestellt wird.¹²¹

Um dieser Verpflichtung nachzukommen, wird derzeit an einer Novellierung der HOAI gearbeitet, mit dem Ziel die Honorarordnung wieder europarechtskonform zu gestalten.

4.2.1 Aktuelle Planungen

Sieht man sich die Argumentation des EuGH an, so scheint es zwei Möglichkeiten zur Beseitigung der Unionsrechtswidrigkeit zu geben. Einerseits könnte man die Verbindlichkeit der Honorarsätze aufheben und den Vorgaben der HOAI empfehlenden Charakter geben, andererseits könnte man versuchen, die Inkohärenz der Regelungen zur Qualitätssicherung zu beseitigen und so eine tragfähige Rechtfertigung für den Eingriff zu schaffen.¹²²

Hinsichtlich der Gangbarkeit des zweiten Weges bestehen allerdings gewichtige Bedenken. So ist abgesehen von Zweifeln der Vereinbarkeit solcher Berufszugangsbeschränkungen mit Artikel 12 des Grundgesetzes auch ungeklärt, ob die Einführung von Berufszugangsbeschränkungen in den Zuständigkeitsbereich des Bundes fällt, oder ob entsprechende Regelungen in allen Bundesländern einzeln verabschiedet werden müssten. Wäre letzteres der Fall, so wäre die Umsetzung solcher Regelungen in dem Zeitraum, der Deutschland für die Beseitigung der Rechtswidrigkeit zu Verfügung steht, kaum möglich.¹²³

120 EuGH, Urteil v. 04.07.2019, C-377/17, Rn. 99.

121 Bitzer/Wittig, NZBau 2019, 683.

122 Kluth, NJW 2020, 1474.

123 Fuchs/van der Hout/Opitz, NZBau 2019, 491.

Zur Beseitigung der Rechtswidrigkeit verbliebe damit noch die Möglichkeit, den Honorarsätzen der HOAI die Verbindlichkeit zu nehmen und diese als Preisempfehlungen auszugestalten.

Die Bundesarchitektenkammer schlägt in diesem Zusammenhang vor, dass den Mittelsätzen der HOAI bei Nichtvereinbarung eines Honorars im Zuge des Vertragsschlusses eine Vermutungswirkung zukommen soll.¹²⁴

Sollte dieser Vermutungswirkung eine vergleichbare Art der Verbindlichkeit zukommen wie bisher, so widerspräche eine solche Auffangregelung dennoch der vom EuGH vertretenen Auslegung des Art. 15 Abs. 2, Buchstabe g der Richtlinie.¹²⁵ Die Notwendigkeit der Verbindlichkeit ist auch in diesem Falle angesichts der weiterhin bestehenden Regelungsinkohärenz in Deutschland nicht ausreichend gerechtfertigt.

Es gibt Hinweise darauf, dass die HOAI in ihrer Struktur der Steuerberatervergütungsverordnung (StBVV) angepasst werden soll. Gemäß StBVV sind die Honorare grundsätzlich frei vereinbar, die Regelungen sehen jedoch, ähnlich wie von der BAK vorgeschlagen, eine Verbindlichkeit der Honorarsätze für den Fall einer nicht ausdrücklichen, schriftlichen Honorarvereinbarung vor.¹²⁶

Auch wenn das Vertragsverletzungsverfahren gegen die StBVV nach deren Anpassung nicht weiter verfolgt wurde, so gelten die hinsichtlich des BAK-Vorschlags geäußerten Bedenken hier doch gleichermaßen.

Neben einer solchen Auffangregelung wird die Festschreibung einer Angemessenheitsklausel diskutiert. Eine solche Klausel soll sicherstellen, dass Planerhonorare auch bei von den HOAI-Honoraren abweichenden Vereinbarungen zukünftig in einem angemessenen Verhältnis zu Art und Umfang der Aufgabe stehen müssen.¹²⁷

Aus vergaberechtlicher Sicht ist eine solche Angemessenheitsklausel nicht erforderlich. Entsprechende Vorschriften gelten bei der Vergabe öffentlicher

124 Bundesarchitektenkammer, Wie geht es mit der HOAI weiter? Gibt es einen „Plan B“?, (<https://www.bak.de/berufspolitik/hoai-1/>, zuletzt abgerufen am 18.06.2020).

125 Kluth, NJW 2020, 1474.

126 Schnepel, Volker, BAK: Die Ausgestaltung der HOAI nach dem EuGH-Urteil, (<https://www.vergabeblog.de/2020-01-24/bak-die-ausgestaltung-der-hoai-nach-dem-eugh-urteil/>, zuletzt abgerufen am 18.06.2020).

127 Schnepel, Volker, BAK: Die Ausgestaltung der HOAI nach dem EuGH-Urteil, (<https://www.vergabeblog.de/2020-01-24/bak-die-ausgestaltung-der-hoai-nach-dem-eugh-urteil/>, zuletzt abgerufen am 18.06.2020).

Aufträge ohnehin. Die Einführung einer solchen Klausel erfährt an dieser Stelle daher keine weitere Beachtung.

Bezüglich des aktuellen Stands der laufenden HOAI-Novellierung sind kaum Informationen verfügbar. Auf Nachfrage erklärte die Bundesarchitektenkammer, es gebe über die auf der BAK-Webseite veröffentlichten Informationen hinaus keine neuen Erkenntnisse hinsichtlich der geplanten Novellierung der HOAI.

Dieser Umstand wird an dieser Stelle zum Anlass genommen, um Überlegungen anzustellen, welche Chancen sich bei der Novellierung der HOAI nutzen ließen und wie die HOAI in Zukunft zur Sicherstellung der Auskömmlichkeit von Planerhonoraren beitragen könnte.

4.2.2 Chancen einer Novellierung

Um das Potential der HOAI greifbar zu machen hilft es sich anzusehen, was die HOAI bereits in der aktuellen Form leistet: Sie gliedert die zu erbringenden planerischen Leistungen für eine Vielzahl unterschiedlicher Planungsdisziplinen und verknüpft einzelne Teilleistungen dann mit bestimmten Honoraren, deren Höhe in Abhängigkeit der Größe und Komplexität eines Bauvorhabens ermittelt wird.

Bevor die Höhe eines Honorars bestimmt werden kann, muss die Art und der Umfang der zu erbringenden Planungsleistungen ermittelt werden. Hier liegt eine der großen Stärken der HOAI. Sie bietet für unterschiedliche Planungsdisziplinen differenzierte Leistungsbilder an und schafft damit ein Gerüst zur Bewertung von Planungsleistungen. Da sich Architekten- und Ingenieurleistungen nicht abschließend beschreiben lassen, strukturieren die Leistungsbilder der HOAI die Planungstätigkeiten auf einem recht abstrakten Niveau. Dadurch lassen sich die in den Leistungsbildern definierten Leistungen auf die unterschiedlichsten Projekte anwenden, bieten aber immer die gleiche wiedererkennbare Struktur. Durch die einheitliche Gliederung werden Planungsleistungen projektübergreifend vergleichbar gemacht. Diese Vergleichbarkeit ist für die Prüfung von Angeboten und deren Auskömmlichkeit essentiell wichtig.

Nicht jedes Projekt erfordert die gleichen Planungsleistungen. Die HOAI trägt diesem Umstand dadurch Rechnung, dass sie die einzelnen Leistungsbilder in Leistungsphasen unterteilt, die ihrerseits wiederum in Teilleistungen untergliedert werden.

So lässt sich der Planungsbedarf eines Projekts recht genau definieren. Die abstrakte Betrachtungsweise der HOAI bei der Aufstellung der Leistungsbilder bringt jedoch Schwierigkeiten mit sich. Obwohl sich die Leistungsbilder mit ihren einzelnen Teilleistungen zur Vermeidung nicht bedarfsgerechter Planungsleistungen prinzipiell eignen,¹²⁸ so sind sie für eine präzisere Definition des zu leistenden Planungsumfangs oft nicht geeignet.

Probleme treten dabei vornehmlich in den Leistungsphasen auf, bei denen der Leistungsschwerpunkt einer Leistungsphase nicht in einzelne Teilleistungen untergliedert ist. Sieht man sich beispielsweise die Leistungsphase 3 "Entwurfsplanung" an, so wird diese gemäß HOAI mit insgesamt 15% des Gesamthonorars bewertet. Von diesen 15% entfallen je nach betrachteter Splittingtabelle 10 - 12% auf die Teilleistung a (Erarbeiten der Entwurfsplanung). Eine weitere Untergliederung ist nicht vorgesehen. In der Praxis wäre zur Bestimmung des Planungsbedarfs jedoch genau hier eine weitere Differenzierung hilfreich.

Ein Beispiel: Nicht selten wird die Realisierung öffentlicher Bauprojekte nach erstellter Entwurfsplanung von der lokalen Politik zurückgestellt, weil die ursprünglich für den Bau vorgesehenen Gelder anderweitig Verwendung finden sollen. Wird dann, oft Jahre später, die bereits erstellte Planung weiterverfolgt, fällt die Bewertung der zu wiederholenden Leistungen schwer. Hilfestellung bietet die HOAI hier kaum. Auch wenn klar ist, dass sich Einzelfälle wie der zuvor beschriebene nicht adäquat über pauschale Regelungen lösen lassen, so bestünde im Rahmen der Novellierung der HOAI doch Potential, die bestehenden Teilleistungstabellen an einzelnen Stellen noch etwas griffiger zu gestalten.

Ist der Umfang einer Leistung definiert, so ermittelt die HOAI das Honorar über die Größe und Komplexität der Bauaufgabe. Interessant ist hierbei, dass die Leistungsbilder selbst nicht zwischen einfachsten Planungsaufgaben und hochkomplexen Spezialbauten unterscheiden. Diese Unterscheidung erfolgt nicht im Rahmen der Leistungsdefinition, sondern erst im Zuge der Bestimmung der Honorarhöhe über die Ermittlung der sogenannten Honorarzone. Daraus folgt, dass die vom Planer zu leistende Bearbeitungstiefe nicht allein über die Leistungsbilder festgelegt wird. Hier entsteht eine Unschärfe bei der Definition

128 Tiede, NZBau 2020, 232.

der Leistungsseite, die die Kalkulation von Planungsleistungen für Auftragnehmer und Auftraggeber gleichermaßen erschwert. Dass sich der Umfang von Planungsleistungen, deren Aufgabe erst das Finden einer noch unbekanntem Lösung ist, nicht exakt ermitteln lässt, ist unbestritten. Ebenso unbestritten ist, dass die HOAI in der Vergangenheit primär Preisrecht war und ihre Leistungsdefinition keine bindende Wirkung entfaltete. Jetzt, da die HOAI ihre Geltung als bindendes Preisrecht verloren hat, wäre die Gelegenheit gut, sich neue Geltung durch eine verbesserte Definition von Planungsleistungen zu verschaffen. Hier wäre es durchaus denkbar, der steigenden Komplexität einer Bauaufgabe im Rahmen gestaffelter Leistungsbilder Rechnung zu tragen. Dann könnte bei aller der Planungstätigkeit immanenten Unschärfe eine sauberere Trennung von Leistungs- und Vergütungsseite entstehen.

Für die Bewertung der Auskömmlichkeit von Planerhonoraren wäre dies ein großer Fortschritt. Der Nutzen einer solchen Leistungsdefinition wäre aber bei weitem nicht nur vergaberechtlicher Natur. Präzisere Leistungsdefinitionen in Verträgen würden die Vertragsauslegungen im Streitfall erheblich vereinfachen und für Planer entstünde eine Basis, auf der sich zusätzlich zu vergütender Leistungsumfang leichter identifizieren ließe.

Ist der Leistungsumfang und die Komplexität einer Bauaufgabe festgelegt, wird die Höhe des Honorars anhand von Honorartafeln ermittelt. Dabei wird die Komplexität der Bauaufgabe in Relation zur Projektgröße bzw. des Bauvolumens gesetzt und dann der korrespondierende Wert aus der Honorartafel abgelesen.

Dieses Verfahren ist einfach und führt zu einem eindeutig bestimmten Honorar. Dass ein auf diese Art ermitteltes Honorar allerdings generell für alle Planungsdisziplinen gleichermaßen auskömmlich sein soll, verwundert. Primäres Problem hierbei ist, dass der mit der Planung verbundene Arbeitsaufwand nicht mit dem Bauvolumen zusammen hängen muss, auch wenn in der Regel größere Bauprojekte aufwändiger zu planen sind, als kleinere gleicher Komplexität.

Das führt dazu, dass insbesondere unterschiedliche Planungsdisziplinen ungleich von der HOAI bedacht werden. Besonders schön erkennen lässt sich dies, wenn man den Aufwand eines Medizintechnikplaners bei der Ausschreibung eines einzelnen Linearbeschleunigers für rund eine Million Euro mit dem Ausschreibungsaufwand eines Architekten beim Bau eines Hauses mit etlichen

Gewerken gleichen Wertes vergleicht. Beim Bauüberwachungsaufwand der beiden Planungsaufgaben ist das Missverhältnis nochmals deutlich größer. Aus eigener Erfahrung im Krankenhausbau in einem Büro mit interner Medizintechnikabteilung wage ich zu behaupten, dass der Aufwand für die Medizintechnik um rund den Faktor zehn geringer ist. Interessanterweise gibt die Ermittlung des Honorars nach HOAI für die beiden Leistungen bei Ansatz einer vergleichbaren Honorarzone ein etwa 15% höheres Honorar für die Medizintechnikplanung aus. Nun handelt es sich bei dem genannten Beispiel sicherlich um eines der extremeren Missverhältnisse. Es lässt sich aber auch jenseits aller subjektiven Beobachtungen feststellen, dass die Ermittlung von Honoraren über die Berechnungsmethodik der HOAI nicht generell für alle in der Honorarordnung erfassten Planungsdisziplinen gleichermaßen auskömmlich sein kann. Im vorgenannten Beispiel wäre die eine Leistung entweder eindeutig nicht auskömmlich, oder die andere eindeutig unwirtschaftlich teuer.

Hinzu kommt, dass auch innerhalb einer Planungsdisziplin das Verhältnis von Vergütung zu Arbeitsaufwand über die einzelnen Leistungsphasen hinweg deutlich variiert. Im Bereich der Gebäudeplanungsleistungen sind beispielsweise in der Regel die ersten Leistungsphasen am lukrativsten und zugleich am wenigsten haftungsträchtig. Hinsichtlich der Auskömmlichkeit der HOAI-Honorare stellen sich daher folgende Fragen: Sollen die Honorare der HOAI für jede einzelne Leistungsphase in sich auskömmlich sein? Oder besteht die Auskömmlichkeit nur bei Beauftragung aller Leistungsphasen, damit eine Querfinanzierung der arbeitsaufwändigen Leistungsphasen über lukrativere erfolgen kann?

Sollte letzteres der Fall sein, bilden die Honorare der HOAI keinen einheitlichen Bezugspunkt für die Ermittlung der Auskömmlichkeit, da es durchaus üblich ist Planungsleistungen zu vergeben, die nicht alle Leistungsphasen umfassen.

Der pauschale Ansatz der HOAI lässt bei genauerer Betrachtung jedenfalls Zweifel daran aufkommen, dass die gemäß Honorarordnung ermittelten Honorare stets auskömmlich sind. Auch hier könnte bei der Novellierung der HOAI angesetzt werden.

5 Diskussion und Ausblick

Betrachtet man die Entwicklung des Vertragsverletzungsverfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland vor dem Hintergrund der alltäglichen kommunalen Vergabepaxis, so wirkt die Klage der EU-Kommission recht dogmatisch.

Dieser Eindruck entsteht angesichts der Frage, ob Planungsleistungen faktisch überhaupt ernsthafte Binnenmarktrelevanz besitzen. Die Beobachtungen im Rahmen meiner eigenen Berufspraxis im kommunalen Vertrags- und Vergabemanagement lassen daran jedenfalls Zweifel aufkommen. Selbst in unmittelbarer Grenznähe wie dem Dreiländereck bei Aachen gab es in den letzten Jahren bei den hunderten öffentlich ausgeschriebenen Vergaben im Ober- wie Unterschwellenbereich nur einen einzigen Bieter aus dem Ausland. Dieser eine Bieter bot in einer Arbeitsgemeinschaft zusammen mit einem deutschen Planungsbüro an und stellte dem ortsansässigen Partner dabei nur die für die Eignung notwendigen Referenzen. Vor Ort tätig werden wollte das Büro selbst nicht.

Nun besitzen die Beobachtungen aus einer einzigen grenznahen Stadt nur sehr bedingt Aussagekraft für ganz Deutschland oder gar Europa, eine gewisse Indizwirkung wohnt ihnen aber doch inne. In Anbetracht dessen kommen Zweifel daran auf, dass die Honorarvorschriften der HOAI allein das Haupthemmnis für grenzüberschreitende Architekten- und Ingenieurleistungen gewesen sein sollen. Gerade eine Honorarordnung, die auskömmliche Planerhonorare sicherstellen will, sollte keine solche Abschreckungswirkung entfalten können. Die eigentlichen Gründe für die fast zu vernachlässigende Anzahl grenzüberschreitender Planungstätigkeit liegt vermutlich eher in den nationalen Bauvorschriften und dem recht umfangreichen und haftungsträchtigen Leistungsspektrum, das in Deutschland von Planern vielfach erwartet wird.

Möglich ist auch, dass die Bekanntmachung auf den aktuellen Plattformen für Planer anderer Mitgliedsstaaten wenig auffindbar ist. So mag der "Digitale Vergabemarktplatz des Landes NRW" bei ausländischen Interessenten keine ausreichende Bekanntheit aufweisen. Welche Gründe letztlich ursächlich für die bestehende Situation sind, sei dahingestellt. Der Weg zu einem komplett integrierten europäischen Binnenmarkt für Planungsleistungen ist mit dem Urteil jedenfalls noch nicht abgeschlossen.

Wertlos ist die Entscheidung aus Luxemburg bei alledem aber keineswegs. Die Feststellung des EuGH bezüglich der Inkohärenz des deutschen System zur Sicherung der Planungsqualität ist treffend. Sie zeigt klar die Schwächen der bestehenden Regelungen auf und bietet dadurch Anlass, sich mit der Ermittlung von Planerhonoraren zu beschäftigen. Ein solcher Anstoß tut der HOAI gut. Das tut er genau deshalb, weil die alte HOAI, wie im Kapitel zuvor dargestellt, eben gerade keine auskömmlichen Planerhonorare für alle Planungsdisziplinen und Leistungsphasen gleichermaßen garantiert.

Wenn man bei der Novellierung der HOAI das System beinahe unverändert beibehält und ausschließlich die Veränderungen vornimmt, die zur Beseitigung der Unionsrechtswidrigkeit gerade eben notwendig sind, verschenkt man enorm viel Potential.

Die ehemals verbindlichen Honorarsätze halfen zwar, ein ruinöses Preisdumping zu verhindern und erlaubten eine einfache und schnelle Honorarermittlung, aber sie versetzten nicht einmal die Planer selbst in die Lage, das Zustandekommen eines Honorars komplett nachzuvollziehen und zu bewerten. Spätestens beim Blick auf die Honorartafeln endete die Transparenz. Die Tafelwerte der HOAI basieren zwar auf Studien und seriösen Berechnungen, doch bleibt ihr Zustandekommen undurchsichtig.

Wünschenswert wäre eine Weiterentwicklung der HOAI. Sie sollte es ermöglichen, die pauschal ermittelten Honorare bei Bedarf weiter zu konkretisieren. Das bestehende Modell ließe sich hinsichtlich der Trennung von Leistungs- und Vergütungsseite weiter schärfen und um ein Modul ergänzen, welches erlaubt, die Planerhonorare auch auf der Grundlage von Zeitaufwand zu ermitteln. Darüber hinaus könnten Richtwerte als Hilfestellung für die Ermittlung eines eigenen bürospezifischen Stundensatzes angeboten werden.

Ein solcher Systemwechsel brächte deutlichen Mehrwert über das Herstellen der Europarechtskonformität hinaus. Die entstehende Preistransparenz würde es den Verbrauchern erleichtern, Planungsleistungen zu vergleichen. Auch wenn aufgrund des Charakters von freiberuflichen Planungsleistungen nie eine komplett abschließende Leistungsbewertung im Vorfeld möglich ist, so ließe sich durch größere Preistransparenz doch ein größerer Verbraucherschutz erzielen. Nimmt man die Ausführungen der Bundesrepublik vor dem EuGH ernst, so ist dies eines der erklärten Ziele der HOAI.

Viele der in dieser Arbeit diskutierten Schwierigkeiten bei der vergaberechtlichen Preisprüfung von Planungsleistungen würden durch eine solche Weiterentwicklung reduziert. Das Anbieten einer Methodik zur Aufwandsermittlung im Rahmen der HOAI-Novelle böte einen einheitlichen Ausgangspunkt für Honorarkalkulationen, wie sie zur Darlegung von Angeboten im Rahmen vergaberechtlicher Preisprüfungen letztlich nötig sein dürften.

Am meisten profitieren dürften von der Weiterentwicklung der HOAI aber letztlich die Planer selbst. Durch eine präzise Aufwandsermittlung werden mögliche Unauskömmlichkeiten schneller augenscheinlich als bisher und durch eine eindeutigere Leistungsdefinition wird die Basis für mögliche zusätzliche Vergütungsansprüche gelegt. Daraus ziehen insbesondere die zahlreichen kleinen Büros Nutzen, die bislang nur wenig Aufwand in die Ermittlung von Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen gesteckt haben. Ein solcher Systemwechsel trüge auf diese Weise auch zur Sicherung des von vielen kleinen Büros geprägten Marktes in Deutschland bei. Ebenfalls ein vor dem EuGH erklärtes Ziel der HOAI.

Es steht zu hoffen, dass die Zuständigen den Änderungsimpuls des Urteils positiv nutzen und der HOAI echte Bedeutung jenseits verbindlicher Preisvorgaben geben.