KIERMEIER HASELIER GROSSE
RECHTSANWÄLTE STEUERBERATER
PARTNERSCHAFT mbB

Die HOAI nach dem EuGH-Urteil

Dresden, 23.9.2019

Volker Schmidt
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
01099 Dresden, Glacisstr. 6
Tel. 0351/828 000, Fax 0351/828 0028
schmidt@khg-dresden.com

Überblick

- Vorbemerkungen zur HOAI
  - Rechtsnatur der HOAI
  - Mindestsatzcharakter
- Vorstellung des EuGH-Urteils vom 4.7.2019
  - EU-Vertragsverletzungsverfahren
  - EuGH-Urteil vom 4.7.2019
  - Rechtliche Wirkungen des EuGH-Urteils

Überblick

- Richtiger Umgang mit der HOAI bei der Vergabe von Planungsleistungen
  - Schätzung des Auftragswerts
  - Generalplaner- vs. losweise Vergabe
  - Wertungskriterium Preis/Honorar
  - Lösungsvorschlag, Konzeptidee
  - Planungswettbewerb: Berechnung der Wettbewerbs-summe
  - Laufende, unbeendete Vergabeverfahren

Überblick

- Auswirkungen des EuGH-Urteils auf ausgewählte Honorar-parameter
  - Honorarzone
  - Anrechenbare Kosten
  - Auftrag für mehrere Objekte, § 11 HOAI
  - Anrechenbare Kosten der mitzuverarbeitenden Bausub-stanz
  - Anordnungsrecht des AG und Honoraranpassung
  - Bindungswirkung der Schlussrechnung

Überblick

- Auswirkungen auf das Berufsrecht der Architekten und Ingenieure
- Zusammenfassung
  - Auswirkungen auf Vergabeverfahren
  - Auswirkungen auf zukünftige Verträge
  - Auswirkungen auf bestehende Verträge
  - Aktuelle Abrechnungsstreitigkeiten
  - Fehlende Honorarvereinbarung

I.

Vorbemerkungen zur HOAI

1. Rechtsnatur der HOAI

- Zweck: Verhinderung eines ruinösen Preiswettbewerbes durch Sicherung auskömmlicher Honorare
- Gewünschter Reflex: Sicherstellung der Qualität im Bereich der Architektur und im Bereich des Ingenieurwesens
- Mittel: Mindestsatz (Beispiel: unzulässige Unterschreitung der Mindestsätze durch unzutreffende Honorarzonenvereinbarung; BGH NJW-RR 2004, 233 f.)

1. Rechtsnatur der HOAI

- Sachlicher Anwendungsbereich der HOAI:

  → Leistungsbezogene (keine berufsstandsbezogene) Inländer-HOAI (§ 1 HOAI 2013)

  → Ausnahmen: Bauträger, GU´s, Projektentwickler – selbst bei Kündigung des Vertrages nach der Planung aber vor der Ausführung

  (BGH BauR 1997, 677; BGH IBR 1998, 64; OLG Köln IBR 2000, 281)

1. Rechtsnatur der HOAI

- Reines Preisrecht, kein Vertragsrecht (BGH NJW 1997, 586)

  → Der HOAI kann nicht entnommen werden, was ein Architekt / ein Ingenieur seinem Auftraggeber schuldet.
- Keine unmittelbare Bedeutung der HOAI zur Bestimmung der vertraglich geschuldeten Leistungen
- Die Parteien können durch die Bezugnahme auf die Leistungsbilder der HOAI die Leistungsbeschreibungen der HOAI zum Gegenstand der Leistungspflichten erheben (BGH NJW-RR 2005, 318; BGH NJW 2004, 2588).
- § 3 Abs. 2 S. 1 HOAI 2013:

  Grundleistungen, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung eines Auftrags im Allgemeinen erforderlich sind, sind in den Leistungsbildern erfasst.

2. Mindestsatzcharakter

- Schon immer galt: Vertrag!

  Die Honorarberechnung anhand der HOAI (Konkret: Anhand des HOAI-Mindestsatzes) ist **nur** relevant, wenn das vertraglich vereinbarte Honorar die Mindestsätze oder die Höchstsätze unterschreitet.

  Liegt keine Mindestsatzunter- oder Höchstsatzüberschreitung vor, dann richtet sich die Honorierung ausschließlich nach dem Vertrag.
- Um zu überprüfen, ob eine Mindestsatzunterschreitung vorliegt, ist eine Vergleichsberechnung notwendig:

  1. Das **gesamte** vereinbarte Honorar muss für die **gesamten** vertraglichen Leistungen ermittelt werden.

2. Mindestsatzcharakter

2. Dieses Honorar ist dann dem Honorar gegenüberzustellen, das sich (angeblich) für die gesamten Vertragsleistungen aus den Mindestsätzen der HOAI ergibt (BGH, Urteil 9.2.2012 – VII ZR 31/11 in NJW 2012, 1792 ff.).

Bei der Ermittlung dieser Differenz müssen dabei auf der Seite des Mindestsatzes **alle** Honorarbestandteile, die nicht mindestsatzrelevant (also nicht preisgebunden) sind, auf EUR 0,00 gesetzt werden (BGH, Urteil vom 8.3.2012 – VII ZR 195/09 in NJW-RR 2012, 653 ff.):

Nebenkosten, Umbauzuschlag (OLG Köln, Urt. v. 29.12.2016 – 16 U 49/12 in NZBau 2017, 357 ff.), Honorar für Objekte außerhalb der Tafelwerte, Honorar für Besondere Leistungen etc.

2. Mindestsatzcharakter

- *Eine Mindestsatzunterschreitung liegt vor, wenn das für die vertraglichen Leistungen insgesamt vereinbarte Honorar unterhalb des nach den Mindestsätzen der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure ermittelten Honorars liegt.* ***Eine isolierte Prüfung, ob einzelne in der Honorarordnung vorgesehene Abrechnungseinheiten unterhalb der Mindestsätze honoriert werden, ist nicht zulässig.***

BGH, Urt. v. 9.2.2012 - VII ZR 31/11 in IBR 2012, 206

II.

Vorstellung des EuGH-Urteils vom 4.7.2019

1. EU-Vertragsverletzungsverfahren

- Berücksichtigung der Vorgaben der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen am Binnenmarkt (Dienstleistungsrichtlinie) vom 12.12.2006:

  Schaffung einer reinen „Inländer-HOAI" mit der Neufassung der HOAI 2009
- Trotzdem: Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland seit dem 18.6.2015 wegen einem Verstoß gegen die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit
- Klage der EU-Kommission vor dem EuGH eingereicht am 17.11.2016

1. EU-Vertragsverletzungsverfahren

- Argumente der EU-Kommission:
  - Mindestpreisvorschriften behindern die Niederlassung bzw. die Erbringung von Dienstleistungen in den betreffenden Mitgliedsstaaten für Anbieter aus anderen Mitgliedsstaaten
  - Mindestpreisvorschriften verhindern, dass die Verbraucher die Leistungen zu günstigeren Preisen in Anspruch nehmen können

1. EU-Vertragsverletzungsverfahren

  - Es sei nicht zutreffend (oder jedenfalls nicht nachgewiesen), dass durch Mindestpreise Qualitätsstandards im Bauwesen abgesichert werden könnten
  - Es sei nicht zutreffend (oder jedenfalls nicht nachgewiesen), dass Höchstpreise für den Verbraucherschutz notwendig seien

- Verteidigung der HOAI durch das zuständige BMWi und das BMF

2. EuGH-Urteil vom 4.7.2019

- Mindestpreise:
  - Zweck: Qualität der Planungsleistungen, Verbraucherschutz, Bausicherheit, Erhalt der Baukultur, ökologisches Bauen
  - durch den EuGH anerkannt als zwingende Gründe des Allgemeininteresses
  - Erforderlichkeit? – ja
  - Weniger einschneidende Maßnahmen mit dem selben Ergebnis denkbar? – nein

2. EuGH-Urteil vom 4.7.2019

- Mindestpreise der HOAI jedoch ungeeignet:

  Regelung nicht **kohärent**, da die Anwendung der HOAI nicht Personen vorbehalten ist, die eine reglementierte Tätigkeit (eingetragene Architekten und Beratende Ingenieure) ausüben, so dass es keine Garantie gibt, dass Planungsleistungen tatsächlich von Dienstleistungserbringern erbracht werden, die ihre fachliche Eignung nachgewiesen haben

- Mindestpreise der HOAI deswegen nicht geeignet, um eine hohe Qualität der Planungsleistungen zu erhalten

2. EuGH-Urteil vom 4.7.2019

- Höchstsätze:
  - Zweck lt. Deutschland: Verbraucherschutz
  - EuGH:

    weniger einschneidende Maßnahmen denkbar, die zum selben Ergebnis führen: Preisorientierungen für die verschiedenen von der HOAI genannten Kategorien
  - Höchstsätze deswegen unverhältnismäßig

2. EuGH-Urteil vom 4.7.2019

- Ergebnis:

„Die Bundesrepublik Deutschland hat dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 Buchst. g und Abs. 3 der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt verstoßen, dass sie verbindliche Honorare für die Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren beibehalten hat."

3. Rechtliche Wirkungen des EuGH-Urteils

- Der EuGH urteilte **nur** über die Mindest- und Höchstsätze.
- Die HOAI wurde durch den EuGH **nicht** einfach so in Gänze für unwirksam erklärt.

- Konsequenzen:
  - Zahlreiche Veröffentlichungen in den vergangenen Wochen zu den Auswirkungen des EuGH-Urteils
  - Breites Spektrum an veröffentlichten Rechtsauffassungen

3. Rechtliche Wirkungen des EuGH-Urteils

- Meinung 1: (Wunschmeinung der Architekten und Ingenieure):
  - Keine Auswirkungen - das EuGH-Urteil richte sich **nur** an den Gesetzgeber. Die HOAI – einschließlich der Mindest- und Höchstsätze – sei weiter geltendes Recht, bis der Gesetzgeber tätig werde
  - Meurer in IBR 2019, 1143; **OLG Hamm, Urt. v. 23.7.2019 - 21 U 24/18; KG, Beschl. v. 19.8.2019 - 21 U 20/19**; Pfeiffer in IBR 2019, 1145
  - bereits vor dem EuGH-Urteil: KG, Urt. v. 1.12.2017 - 21 U 19/12, Rn. 23 und 24 nach BeckRS 2017, 153025; OLG Naumburg, Urt. v. 13.4.2017 - 1 U 48/11 in NJW-RR 2017, 1231

3. Rechtliche Wirkungen des EuGH-Urteils

- Meinung 2:

  Zumindest bei rein inländischen Sachverhalten (Sitz der Parteien, Vertragsabschluss und Bauvorhaben in Deutschland) keine Auswirkungen (OLG München, Beschl. v. 22.8.2017 - 27 U 34/17 Bau [vor dem EuGH-Urteil])

- Meinung 3:

  Laufende Gerichtsverfahren sind auszusetzen (OLG Dresden, Urt. v. 4.7.2019 - 10 U 1402/17; LG Dresden, Beschl. v. 8.2.2018 - 6 O 1751/15 in IBR 2019, 384; LG Baden-Baden, Beschl. v. 7.5.2019 - 3 O 221/18 in IBR 2019, 385).

3. Rechtliche Wirkungen des EuGH-Urteils

- Meinung 4:

  Laufende Gerichtsverfahren sind nicht auszusetzen (LG Augsburg, Vfg. v. 9.7.2019 - 64 O 4632/18; Landesberufsgericht für Architekten NRW, Beschl. v. 1.8.2018 - 6s E 46/18 in IBR 2018, 691; LG Stuttgart, Beschl. v. 16.11.2018 - 28 O 375/17 in IBR 2019, 113).

3. Rechtliche Wirkungen des EuGH-Urteils

- Meinung 5:

  Die Mindest- und Höchstsätze sind unwirksam. Aber: Die Mindestsatzfiktion für den Fall einer fehlenden schriftlichen Vereinbarung bei Auftragserteilung (§ 7 Abs. 5 HOAI) gelte weiter (Urteilsbesprechung von Scharfenberg zu OLG Hamburg, Urt. v. 27.7.2018 - 6 U 203/13 in IBR 2019, 437; Urteilsbesprechung von Fuchs zu EuGH, Urt. v. 4.7.2019 - Rs. C-377/17 in IBR 2019, 463; Orlowski in NJW 2019, 2505, 2507; Fuchs/van der Hout/Opitz, NZBau 2019; 483, 487).

3. Rechtliche Wirkungen des EuGH-Urteils

- Meinung 6:

  Die Mindest- und Höchstsätze sind ab sofort per se unanwendbar. Das muss auch durch die Gerichte (in laufenden Verfahren!) beachtet werden (**OLG Celle, Urt. v. 17.7.2019 - 14 U 188/18 und Urt. v. 14.8.2019 - 14 U 198/18**; Lederer in jurisPR-PrivBauR 8/2019; Steeger in IBR 2019, 1144; Fuchs/van der Hout/Opitz, NZBau 2019; 483, 486)

- Meinung 7:

  Das HOAI-Mindestsatzhonorar ist bei (gänzlich fehlender!) Honorarvereinbarung die übliche, taxmäßige Vergütung gemäß § 632 Abs. 2 BGB (LG Hamburg, Urt. v. 23.5.2019 - 32 O 288/17).

III.

Richtiger Umgang mit der HOAI bei der Vergabe von Planungsleistungen

1. Schätzung des Auftragswerts

- Bei festgestelltem Beschaffungsbedarf muss der AG zunächst prüfen, ob die Planungsleistungen europaweit oder national auszuschreiben sind.
- das richtet sich nach§ 3 VgV
- Ausgangspunkt: die erwartete Gesamtvergütung
  - ohne MwSt.
  - inklusive aller Optionen (stufenweise Beauftragung!)
  - Ermittlung auf der Grundlage der HOAI
  - mit Auslagen und Nebenkosten
  - soweit die HOAI nicht einschlägig ist: ortsübliches Honorar

1. Schätzung des Auftragswerts

- Sollte sich in Zukunft zeigen, dass Planungsbüros bei öffentlichen Ausschreibungen unterhalb der Mindestsätze anbieten, dann kann das der Auftraggeber bei seiner Kostenschätzung berücksichtigen

  → Hierdurch kann der Fall eintreten, dass eine bislang europaweit durchzuführende Beschaffung nur nach nationalem Vergaberecht betrachtet werden muss.

Fachlose - Additionspflicht?

Aber:

- Rechtslage nach § 3 Abs. 7 S. 2 VgV: Auftragswerte von Fachlosen sind nicht zu addieren
  - überschreiten die einzelnen Fachlose den EU-Schwellenwert nicht, können sie national ausgeschrieben werden, auch wenn die Summe der Lose oberhalb des Schwellenwerts liegt
  - denn Fachlose sind keine gleichartigen Leistungen, so die herkömmliche Meinung

Fachlose - Additionspflicht?

- OLG München, Beschl. v.m 13.3.2017 - Verg 15/16
  - Art. 16 VIII der Richtlinie 2014/25/EU regelt, dass der geschätzte *Gesamtwert aller Lose* zu berücksichtigen ist, wenn Dienstleistungen in mehreren Losen vergeben werden
  - eine Einschränkung wie in § 3 Abs. 7 2 VgV dahin, dass nur gleichartige Planungsleistungen zu addieren sind, findet sich in der Richtlinie nicht
  - **daher bestehen lt. OLG München erhebliche Bedenken gegen die Wirksamkeit von § 3 Abs. 7 S. 2 VgV**
  - im Ergebnis vom OLG München aber offengelassen
- Denn:

Fachlose - Additionspflicht?

- Im zu entscheidenden Fall
  - waren die genannten Planungsdisziplinen lückenlos aufeinander abgestimmt,
  - mussten zusammen „optimiert" werden und
  - bilden eine Einheit ohne Schnittstellen.
- **Damit hängen die Planungsleistungen funktional zusammen**, so dass die Leistungen „gleichartig" sind.
- Alle Fachlose waren in dem OLG München - Fall daher europaweit auszuschreiben.
- Dies wird m. E. für nahezu jedes Bauvorhaben gelten, vor allem für die „großen" Lose Gebäudeplanung, Tragwerksplanung und Technische Ausrüstung.

Fachlose - Additionspflicht?

- EuGH IBR 2012, 288 (Autalhalle Niedernhausen):

  Die Planungsleistungen für Tragwerk, Dach und Beleuchtung weisen eine innere Kohärenz und funktionale Kontinuität auf.

- Seit dem 24.1.2019:

  EU-Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland, da mit § 3 Abs. 7 S. 2 VgV die EU-Vergaberichtlinie 2014/24/EU nicht korrekt umgesetzt worden sei.

Fachlose - Additionspflicht?

- Fazit:
  - Es ist trotz § 3 Abs. 7 S. 2 VgV praktisch nicht mehr vertretbar, Fachlose isoliert zu betrachten.
  - Wenn doch: detaillierte Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des OLG München im Vergabevermerk – es muss dann belegt werden, dass die verschiedenen Planungszweige nicht in einem funktionalen Zusammenhang stehen
  - bei Fördermitteln: keinerlei Risiko eingehen und europaweit ausschreiben
  - Vertrag kann nach § 138 BGB nichtig sein, es bestehen keinerlei gegenseitige Ansprüche (siehe den instruktiven Fall OLG Saarbrücken, Urt. v. 17. 8.2016 - 1 U 159/14 in IBR 2017, 45)

2. Generalplaner- vs. losweise Vergabe

- § 97 Abs. 4 GWB schreibt vor, dass der AG Aufträge in Fach- und Teillose zu unterteilen hat, sofern nicht wirtschaftliche oder technische Gründe eine Gesamtvergabe **erfordern**.
- Damit normiert § 97 Abs. 4 GWB ein Regel-Ausnahme-Prinzip, wonach eine losweise Vergabe die Regel zu sein hat.
- Der Verzicht auf eine losweise Vergabe ist detailliert zu begründen. Es bedarf einer umfassenden Abwägung der widerstreitenden Belange, als deren Ergebnis die für eine zusammenfassende Vergabe sprechenden Gründe **nicht nur anerkennenswert sein, sondern überwiegen müssen**. (VK Sachsen, Beschl. v. 10.2.2012, 1/SVK/050-11).

2. Generalplaner- vs. losweise Vergabe

- Wirtschaftliche Gründe: Kostenfolgen einer Gesamtvergabe und der losweisen Vergabe sind konkret zu schätzen und gegenüberzustellen:
  - Bei HOAI-gebundenen Leistungen schwer zu begründen
  - Z.B. Einsparpotentiale aufgrund des degressiven Honorarverlaufs der HOAI, z. B. bei mehreren Objekten nach § 11 Abs. 2 HOAI, welche als Teillose eigentlich getrennt voneinander vergeben werden müssten
  - nunmehr neue Argumentationsmöglichkeiten denkbar, wenn eine Markterkundung ergibt, dass die gemeinsame Vergabe mehrerer Lose zu deutlich günstigeren Preisen führen kann, als wenn losweise vergeben wird!

3. Wertungskriterium Preis/Honorar

- Der Preis muss bei öffentlicher Auftragsvergabe ein maßgebendes Kriterium für den Zuschlag sein
- Dies gilt bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen allerdings nur eingeschränkt, da im Regelfall die HOAI den preislichen Rahmen vorgibt (siehe auch § 76 Abs. 1 VgV: Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen „**im Leistungswettbewerb**")
- Preiswettbewerb kann stattfinden bei nicht HAOI-gebundenen Honorarbestandteilen (bspw. Umbauzuschlag, Nebenkosten, Besondere Leistungen)

3. Wertungskriterium Preis/Honorar

- Dies wird sich nunmehr erheblich ändern:
  - Wenn auch unterhalb der Mindestsätze angeboten werden darf, dann muss der AG dem Preis einen höheren Stellenwert beimessen als bislang.
  - Grund: haushaltsrechtliche Verpflichtung des AG zu sparsamer und wirtschaftlicher Verwendung von Steuermitteln (vgl. bspw. § 7 Abs. 1 SächsHO)
  - Planungsleistungen werden damit „ganz normalen Dienstleistungen" gleichgestellt, bei denen der Preis einen hohen Stellenwert einnehmen muss.
  - Es bleibt abzuwarten, ob die Bieter trotzdem überwiegend die HOAI-Mindestsätze anbieten werden.

3. Wertungskriterium Preis/Honorar

- große Auswirkungen auch für Vergaben unterhalb des Schwellenwerts, da nun ein Preiswettbewerb eröffnet ist
- notwendig sind nach dem Urteil des EuGH klare Vorgaben des AG, nach welchen Parametern das Honorar berechnet werden soll
  - z.B. in der Art eines LV, das alle (Grund-)Leistungen und Besondere Leistungen aufführt, die zu erbringen sind
  - die Bieter müssen dieses LV dann verpreisen
  - auch möglich: Pauschalhonorare nach Leistungsphasen
  - geeignete Leistungen können auch im Stundensatz ausgeschrieben werden

Angaben zum Honorar in den Vergabeunterlagen

- Nicht mehr notwendig – aber möglich (!) – sind die HOAI-gebundenen Honorarparameter:
  - Leistungsbilder, Leistungsphasen
  - Anrechenbare Kosten
  - Honorarzone
  - Umbauzuschlag
  - Kosten der mitzuverarbeitenden Bausubstanz
  - Sondereffekte, wie z.B. Angaben zu mehreren Objekten nach § 11 Abs. 2 HOAI

Vorgabe von Festpreisen

- Der AG ist berechtigt, Festpreise oder Festkosten vorzugeben, so dass das wirtschaftlichste Angebot ausschließlich nach qualitativen, umweltbezogenen oder sozialen Zuschlagskriterien bestimmt wird, § 58 Abs. 3 VgV („Maximalprinzip")

  → Dies eröffnet den Auftraggebern erhebliche neue Gestaltungsspielräume, zu denen beispielsweise auch die Vorgabe von Honoraren gehören kann, **die rechnerisch dem Mindestsatz entsprechen.**

- Das Urteil des EuGH hindert den AG nicht, nach § 58 Abs. 3 VgV vorzugehen.

Vorgabe von Festpreisen

- Allerdings stellen sich dabei nunmehr folgende Fragen:
  - Ist es eine Umgehung des EuGH-Urteils, wenn der AG Festhonorare vorgibt, die nichts anderes als Mindestsätze sind?
  - Speziell in Fällen, wo EU-Fördermittel gewährt werden?
  - Verhältnis zwischen Haushaltsrecht (§ 7 SächsHO) und § 58 Abs. 3 VgV: entspricht die Vorgabe von Mindestsätzen dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit?
  - Verstößt der AG gegen Förderbedingungen, wenn er Festpreise vorgibt, die nicht „gesetzlich vorgeschrieben" sind?

Unterschreitung der Mindestsätze

- Es kommt häufig vor, dass Angebote die Mindestsätze unterschreiten, auch wenn der Auftraggeber bindende Vorgaben zu den Rahmenbedingungen des Honorars gemacht hat:
  - Ein Bewerber kann den Zuschlag nicht erhalten, wenn er die Mindestsätze bewusst unterschreitet (VK Baden-Württemberg, IBR 2003, 443)
  - Bei unbewusstem Unterschreiten kein Ausschluss – Anhebung des Angebots auf die Mindestsätze
  - Deshalb: Aufklärung (VK Hessen, IBR 2006, 112)

Unterschreitung der Mindestsätze

- Nach OLG Stuttgart (IBR 2003, 156) muss der AG dem Bieter die Möglichkeit geben, sein Honorarangebot auf die Mindestsätze anzuheben
- Zuletzt für von den Vergabeunterlagen abweichende Honorarzone: OLG Koblenz, Beschl. v. 29.1.2014 - 1 Verg 14/13
- Hintergrund: § 76 Abs. 1 S. 2 VgV (= § 11 Abs. 5 S. 3 VOF a.F.): Danach ist der Preis **in dem von der HOAI vorgesehenen Preisrahmen** zu berücksichtigen

Unterschreitung der Mindestsätze

- Nach herrschender Meinung in der Literatur ist nunmehr ein Ausschluss von Angeboten, welche die Mindestsätze der HOAI unterschreiten, nicht mehr möglich (Rundschreiben des BMI v. 4.7.2019 – I B6 – 20614/001 und Rundschreiben den BMI v. 5.8.2019 - 70000/1#1).
- Sollte ein Bieter in einem laufenden, nach HOAI geführten Verhandlungsverfahren die Mindestsätze unterschreiten: Muss der AG allen anderen Bietern die Möglichkeit geben, ihre Angebote anzupassen?

  Was ist in einem offenen Verfahren? Muss das Verfahren in das Stadium vor der Angebotsabgabe zurückversetzt werden?
- Nunmehr Prüfung ungewöhnlich niedriger Angebote nach § 60 VgV erforderlich (wie bei jeder anderen Vergabe auch, siehe dazu BGH, Beschl. v. 31.1.2017 - X ZB 10/16)

4. Lösungsvorschlag, Konzeptidee

- Nach § 76 Abs. 2 VgV dürfen Lösungsvorschläge sowohl im Rahmen eines Wettbewerbs als auch eines Verhandlungsverfahrens oder eines wettbewerblichen Dialoges verlangt werden
  - sehr gut zur Ermittlung des besten Angebots geeignet, da weiter Ermessensspielraum des AG
  - Kriterium ist bei den meisten Vergabeverfahren anzutreffen
- Vergütung: nach § 77 Abs. 2 VgV ist einheitlich für alle Bewerber eine angemessene Vergütung festzusetzen; die HOAI bleibt unberührt

4. Lösungsvorschlag, Konzeptidee

- VK Südbayern (Beschl. v. 29.6.2017 - Z3-3-3194-1-13-04/17) und VK Westfalen (Beschl. v. 7.3.2019, VK 1-4/19): **Berechnung nach HOAI**
- VK Sachsen (Beschl. v. 5.2.2019 - 1/SVK/038-18):
  - Die Vergütung ist nicht anhand der HOAI zu bemessen.
  - Es muss vielmehr ein Wert festgelegt werden, der einer angemessenen Vergütung entspricht.
- Mit der Entscheidung des EuGH dürften sich die (auch bislang schon zweifelhaften) Beschlüsse der VK Südbayern und der VK Westfalen erledigt haben.

4. Lösungsvorschlag, Konzeptidee

- Einwände gegen die Vergütung müssen die Bieter im Vergabeverfahren vorbringen:

  „Erkennt ein Bewerber bei der Erstellung seines Angebots, dass die verlangten Leistungen mit dem Pauschalhonorar nicht zu erbringen sind, liegt gegebenenfalls positive Kenntnis eines Vergabefehlers vor. Setzt der Auftraggeber die Vergütung zu niedrig fest, begeht er einen Verfahrensverstoß, der vom Bewerber gerügt und im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren vor die zuständige Vergabekammer gebracht werden muss. In diesem Fall ist nach §§ 102 ff GWB der Zivilrechtsweg versperrt.“

  BGH, Urt. v. 19.4.2016 - X ZR 77/14

5. Planungswettbewerb: Berechnung der Wettbewerbssumme

- § 7 Abs. 2 RPW:

„Die Höhe der Wettbewerbssumme ist der Bedeutung und Schwierigkeit der Aufgabe und der geforderten Leistungen angemessen. Sie entspricht in der Regel mindestens dem Honorar der Vorplanung – nach der jeweils geltenden Honorarordnung – für alle in den Wettbewerb einbezogenen Fachdisziplinen."

6. Laufende, unbeendete Vergabeverfahren

- Änderung der Vergabeunterlagen nach Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung notwendig?
- M. E. nein:
  - Das EuGH-Urteil ändert nichts daran, dass die Vertragspartner die HOAI-Mindestsätze „freiwillig" vereinbaren können.
  - Allenfalls denkbar: Rüge eines Bieters, der unterhalb der HOAI-Mindestsätze anbieten möchte, wenn der AG in den Vergabeunterlagen in irgendeiner Form die HOAI-Mindestsätze als Untergrenze vorgegeben hat.
  - Risiko dürfte eher gering sein.

6. Laufende, unbeendete Vergabeverfahren

- Hat der AG das Honorar dem Wettbewerb unterworfen (ohne in irgendeiner Form die HOAI-Mindestsätze als Untergrenze vorzugeben), dann kommt ein Angebotsausschluss wegen dem EuGH-Urteil nicht mehr in Betracht, wenn ein Bieter unter den HOAI-Mindestsätzen anbietet.

IV.

Auswirkungen des EuGH-Urteils auf ausgewählte Honorarparameter

1. Honorarzone

- Schwierigkeitsgrad; §§ 5, 6 Abs. 1 Nr. 3 HOAI
- Objektlisten (Anlage 10, Nr. 10.2, für Gebäude und Anlage 12, Nr. 12.2, für Ingenieurbauwerke)
- Ist die Zuordnung anhand der Objektlisten nicht eindeutig möglich bzw. gelangt man über die Objektliste zu unzutreffenden Ergebnissen, erfolgt eine Punktebewertung (Gebäude: § 35 Abs. 2 bis 6 HOAI, Ingenieurbauwerke: § 44 Abs. 2 bis 4 HOAI)

1. Honorarzone

- Häufiger Fall: Vereinbarung einer Honorarzone im Architekten- / Ingenieurvertrag
- Mindestsatzunterschreitung bei Vereinbarung einer unzutreffenden Honorarzone möglich (BGH NJW-RR 2004, 233 f.)

1. Honorarzone

- Beurteilungsspielraum der Vertragsparteien:

  Vereinbaren die Parteien – beispielsweise – die Honorarzone III und ergibt eine Punktebewertung, dass das Objekt der Honorarzone IV zuzuordnen ist, liegt das Ergebnis der Punktebewertung jedoch an der Untergrenze (also an der Grenze zur Honorarzone III), dann sind die Vertragsparteien an die Vereinbarung der Honorarzone III gebunden (BGH NJW-RR 2004, 233 f.; OLG Köln NZBau 2017, 357 ff.)

- Der Beurteilungsspielraum beträgt ein bis zwei Bewertungspunkte (OLG Hamm in IBR 2015, 552)

1. Honorarzone

- Objektiv falsche Einzonung ist zukünftig unschädlich:

  Wegen dem EuGH-Urteil kann der AN wegen einer vermeintlichen Mindestsatzunterschreitung keine Ansprüche geltend machen.

- Für alle Honorarparameter gilt:

  Feste Vereinbarung bei Vertragsschluss bleibt verbindlich – und zwar unabhängig davon, ob die vereinbarten Honorarparameter „objektiv" richtig sind und der HOAI entsprechen.

2. Anrechenbare Kosten

- Nach der HOAI sind dem Honorar die objektiv zutreffenden anrechenbaren Kosten gemäß der Kostenberechnung nach der DIN 276 in der Fassung vom Dezember 2008 zugrunde zu legen (§ 4 Abs. 1 HOAI, § 6 Abs. 1 Nr. 1 HOAI).
- Zukünftig:
  - Vereinbarung über die anrechenbaren Kosten möglich
  - Man kann bereits bei Vertragsschluss die anrechenbaren Kosten festlegen, auch bei Beauftragung ab der Lph 1 und **ohne** Existenz einer Kostenschätzung oder einer Kostenberechnung
  - Egal wie sich die Kosten entwickeln: Die vereinbarten anrechenbaren Kosten bleiben verbindlich (es sei denn der AG hat Änderungswünsche).

2. Anrechenbare Kosten

- Zukünftig können die Vertragspartner auch wieder von dem sog. Baukostenvereinbarungsmodel gemäß § 6 Abs. 3 HOAI Gebrauch machen, das der BGH für unwirksam erklärt hatte (BGH, Urt. v. 24.4.2014 – VII ZR 164/13 in IBR 2014, 353)

3. Auftrag für mehrere Objekte § 11 HOAI

- § 11 HOAI:

  *(1) Umfasst ein Auftrag **mehrere Objekte**, so sind die Honorare vorbehaltlich der folgenden Absätze für jedes Objekt **getrennt** zu berechnen.*

  *(2) Umfasst ein Auftrag mehrere **vergleichbare** Gebäude, Ingenieurbauwerke, Verkehrsanlagen oder Tragwerke mit weitgehend gleichartigen Planungsbedingungen, die derselben Honorarzone zuzuordnen sind und die im zeitlichen und örtlichen Zusammenhang als **Teil einer Gesamtmaßnahme** geplant und errichtet werden sollen, ist das Honorar nach der Summe der anrechenbaren Kosten zu berechnen.*

3. Auftrag für mehrere Objekte § 11 HOAI

*(3) Umfasst ein Auftrag mehrere **im Wesentlichen gleiche** Gebäude, Ingenieurbauwerke, Verkehrsanlagen oder Tragwerke, die im **zeitlichen oder örtlichen Zusammenhang** unter **gleichen baulichen Verhältnissen** geplant und errichtet werden sollen, oder mehrere Objekte nach Typenplanung oder Serienbauten, so sind die Prozentsätze der Leistungsphasen 1 bis 6 für die erste bis vierte Wiederholung um 50 %, für die fünfte bis siebte Wiederholung um 60 % und ab der achten Wiederholung um 90 % zu mindern.*

- Technische Ausrüstung - § 54 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 3 HOAI: Getrennte Honorarberechnung für jede Anlagengruppe

3. Auftrag für mehrere Objekte

- Die komplizierten Regelungen und die Rechtsprechung zu der Frage, wann ein Objekt bzw. wann mehrere Objekte vorliegen, entschärfen sich durch das EuGH-Urteil.
- Werden bei Vertragsschluss die anrechenbaren Kosten für zwei Objekte addiert, obwohl es sich objektiv um zwei Objekte handelt und die Vertragspartner fälschlicherweise davon ausgegangen sind, dass es sich nur um ein Objekt handelt, dann bleibt die Honorarvereinbarung verbindlich.
- Der AN kann in diesem Fall nicht mehr mit einer Mindestsatzunterschreitung argumentieren.

4. Anrechenbare Kosten der mitzuverarbeitenden Bausubstanz

- § 4 Abs. 3 HOAI 2013:

  (3) Der Umfang der mitzuverarbeitenden Bausubstanz im Sinne des § 2 Absatz 7 ist bei den anrechenbaren Kosten angemessen zu berücksichtigen. Umfang und Wert der mitzuverarbeitenden Bausubstanz sind zum Zeitpunkt der Kostenberechnung oder, sofern keine Kostenberechnung vorliegt, zum Zeitpunkt der Kostenschätzung, objektbezogen zu ermitteln und schriftlich zu vereinbaren.

- § 2 Abs. 7 HOAI 2013:

  (7) Mitzuverarbeitende Bausubstanz ist der Teil des zu planenden Objekts, der bereits durch Bauleistungen hergestellt ist und durch Planungs- oder Überwachungsleistungen technisch oder gestalterisch mitverarbeitet wird.

4. Anrechenbare Kosten der mitzuverarbeitenden Bausubstanz

- Rechtsgrundlage: Vereinbarung im Entwurfsstadium (→ Ermittlung anhand der Kostenberechnung oder, sofern keine Kostenberechnung vorliegt, zum Zeitpunkt der Kostenschätzung)

- Vereinbarung nicht zwingend bei Auftragserteilung erforderlich, weil nicht möglich – zum Zeitpunkt der Auftragserteilung ist ggf. noch nicht erkennbar, in welchem Umfang tatsächlich vorhandene Bausubstanz technisch oder gestalterisch in sinnvoller Weise in die Umbaumaßnahme einzubeziehen sein wird

4. Anrechenbare Kosten der mitzuverarbeitenden Bausubstanz

- Schriftform nicht konstitutiv, „nur" Beweiszwecke

- Geltung der Rechtsprechung zu § 10 Abs. 3 a HOAI 1996 – BGH BauR 2003, 745 = IBR 2003, 256 = NJW 2003, 1667:
  1. Der Architekt oder Ingenieur kann bei einem Umbau die vorhandene Bausubstanz im Rahmen der anrechenbaren Kosten stets berücksichtigen, soweit diese technisch oder gestalterisch mitverarbeitet wird.
  2. Dazu bedarf es keiner schriftlichen Vereinbarung. Eine etwaige Vereinbarung muss nicht bei Vertragsschluss herbeigeführt werden; sie kann jederzeit nachgeholt werden.

4. Anrechenbare Kosten der mitzuverarbeitenden Bausubstanz

3. Im Streitfall muss das Gericht darüber entscheiden, in welchem Umfang die Berücksichtigung stattfindet.

→ Mindestsatzrelevanz!

4. Anrechenbare Kosten der mitzuverarbeitenden Bausubstanz

- Grundlegende Veränderung durch das EuGH-Urteil:
  - In der Vergangenheit häufig Mindestsatzunterschreitung durch „ignorieren" der anrechenbaren Kosten der mitzuverarbeitenden Bausubstanz
  - Häufig absichtlich weggelassen, da bei Vertragsschluss Ermittlungen nicht möglich
  - Nach der Leistungsphase 3 (§ 4 Abs. 3 HOAI) wurde die Vereinbarung häufig vergessen
  - Jetzt: Risiko der Mindestsatzunterschreitung beseitigt durch das EuGH-Urteil

5. Anordnungsrecht des AG und Honoraranpassung

- **Besteller hat Anordnungsrecht aus § 650b Abs. 2 BGB;** dann gilt:

- § **650q Abs. 2 BGB:**

  „(2) Für die Vergütungsanpassung im Fall von Anordnungen nach § 650b Absatz 2 gelten die Entgeltberechnungsregeln der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure in der jeweils geltenden Fassung, soweit infolge der Anordnung zu erbringende oder entfallende Leistungen vom Anwendungsbereich der Honorarordnung erfasst werden. Im Übrigen ist die Vergütungsanpassung für den vermehrten oder verminderten Aufwand auf Grund der angeordneten Leistung frei vereinbar. Soweit die Vertragsparteien keine Vereinbarung treffen, gilt § 650c entsprechend".

5. Anordnungsrecht des AG und Honoraranpassung

- **Also:**
  - Verweis auf die HOAI bei Anordnungen des Bestellers (§ 650b Abs. 2 S. 1 BGB), wenn Leistungen betroffen sind, die unter die HOAI fallen (Grundleistungen)
  - Für alle anderen Leistungen (also für Leistungen, bei denen es sich nicht um **Grund**leistungen handelt) ist das Honorar frei vereinbar
- Verweis auf § 650c BGB → 80 % - Regelung für Abschlagszahlungen gilt auch für Architekten- und Ingenieure
- Kein Verweis in § 650q Abs. 1 BGB auf § 650d BGB → keine einstweilige Verfügung bei Streit über Nachträge möglich → Versehen des Gesetzgebers?

5. Anordnungsrecht des AG und Honoraranpassung

- Mit dem EuGH-Urteil dürfte nicht nur die HOAI (als Rechtsverordnung), sondern auch § 650 q Abs. 2 S. 1 BGB als Gesetz unwirksam sein, da auch diese Regelung mit EU-Recht nicht zu vereinbaren ist
- Der Gesetzgeber wird höchstwahrscheinlich nicht nur die HOAI ändern, aufheben bzw. anpassen müssen, sondern auch § 650 q Abs. 2 S. 1 BGB.

6. Bindungswirkung der Schlussrechnung

- Kann der Architekt eine einmal gelegte Schlussrechnung nachträglich durch eine neue, höhere Rechnung ersetzen?
- Hauptfall: Architekt rückt aufgrund von Streitigkeiten von Pauschalvereinbarung ab und verlangt nun die (höheren) HOAI-Mindestsätze
- Ursprüngliche Rechtsprechung des BGH: Die Vorlage einer Schlussrechnung schafft beim AG einen Vertrauenstatbestand und es ist dem Architekten nach Treu und Glauben verwehrt, „nachzukarten"

6. Bindungswirkung der Schlussrechnung

- Seit BGH BauR 1993, 236 hält der BGH diese Rechtsprechung nicht mehr aufrecht (zuletzt: BGH, Urt. v. 19.11.2015 - VII ZR 151/13). Seit dem galt:
  - Der AN, der eine zweite Schlussrechnung legt, verhält sich zwar widersprüchlich. Das ist aber nicht von sich aus treuwidrig, es kann vielmehr gute Gründe hierfür geben.
  - Ob ein Fall der Treuwidrigkeit vorliegt, muss unter umfassender Abwägung der wechselseitigen Interessen entschieden werden.

6. Bindungswirkung der Schlussrechnung

- Voraussetzung ist immer, dass der AG auf die erste Schlussrechnung vertraut hat und vertrauen durfte. Das ist nicht der Fall, wenn es sich um einen bauerfahrenen AG handelt.
- Die Nachforderung muss dem AG unzumutbar sein (hierzu zuletzt BGH IBR 2009, 35) – seltener Ausnahmefall.

6. Bindungswirkung der Schlussrechnung

- Bindung an die Schlussrechnung in der Praxis meistens nur bei Verbrauchern möglich (OLG Naumburg in NJW 2014, 1673, 1675)
- Bis zum Ablauf der Verjährungsfrist für die Honoraransprüche immer neue Schlussrechnung(-en) möglich
- Verjährung der Honoraransprüche:
  - 3 Jahre (§§ 195, 199 Abs. 1 BGB)
  - Beispiel: Abnahme am 15.8.2015, Vorlage einer ersten Honorarschlussrechnung im September 2015 → Beginn der Verjährung der Honoraransprüche: 1.1.2016, Ende der Verjährung: 31.12.2018

6. Bindungswirkung der Schlussrechnung

- Diese Rechtsprechung hat sich durch das EuGH-Urteil erledigt.
- Die nachträgliche Durchsetzung des Mindestsatzes ist nicht mehr möglich.
- Allenfalls nur noch dann denkbar, wenn man die Auffassung vertritt, dass die Mindestsätze gelten,
  - wenn bei Auftragserteilung keine schriftliche Vereinbarung über das Honorar getroffen wurde

    oder
  - wenn im Vertrag lediglich geregelt ist „Honorar gemäß HOAI".

V.

Auswirkungen auf das Berufsrecht der Architekten und Ingenieure

Auswirkungen auf das Berufsrecht der Architekten und Ingenieure

- § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 SächsArchG = § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 SächsIngG:

  „*Sie* [die Architekten und Ingenieure] *sind verpflichtet,*

  …

  4. die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure vom 10. Juli 2013 (BGBl. I S. 2276) in der jeweils geltenden Fassung, sowie sonstige einschlägige honorarrechtliche Bestimmungen zu beachten, … „

- Ein Verstoß gegen Berufspflichten wird in einem sog. Ehrenverfahren geahndet (§ 21 Abs. 1 SächsArchG = (§ 21 Abs. 1 SächsIngG) – Bußgeld bis hin zur Löschung

Auswirkungen auf das Berufsrecht der Architekten und Ingenieure

- Die landesrechtlichen Regelungen über die Berufspflichten der Architekten und Ingenieure waren **nicht** Gegenstand des EuGH-Urteils.
- Ob die Berufspflichten bzgl. der HOAI als Verstoß gegen die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit unwirksam sind, kann nicht mit Sicherheit prognostiziert werden. Denn:
  - Im Hinblick auf die Mindestsätze kritisierte der EuGH, dass die HOAI nicht den eingetragenen Architekten und Ingenieuren vorbehalten ist, sondern für jedermann gilt, der Planungsleistungen erbringt.

Auswirkungen auf das Berufsrecht der Architekten und Ingenieure

  - Vielleicht erachtet der EuGH die Verpflichtung zur Einhaltung der HOAI durch eingetragene Architekten und Ingenieure für wirksam (Orlowski in NJW 2019, 2505, 2508; auch wenn das m. E. eher unwahrscheinlich sein dürfte).
- Aus Sicht der Architekten- und Ingenieurkammern:

  Ehrenverfahren wegen HOAI-Verstößen durch das EuGH-Urteil äußerst riskant

VI.

Zusammenfassung

1. Auswirkungen auf Vergabeverfahren

- Für zukünftige Vergabeverfahren größere Gestaltungs-freiheit für den AG
- Für laufende Vergabeverfahren keine Auswirkungen
- Für laufende Vergabeverfahren allenfalls ein geringes Risiko, dass ein AN eine vergaberechtliche Rüge erhebt, weil er durch die Vergabeunterlagen gehindert ist, ein Honorar unterhalb der HOAI-Mindestsätze anzubieten

2. Auswirkungen auf zukünftige Verträge

- Größere Vertragsfreiheit
- Das Honorar ist bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit frei vereinbar
- Zukünftig ist es weiterhin möglich, das Honorar nach der HOAI zu vereinbaren – aus Sicht des AG riskant, da hierdurch die vertragliche Vereinbarung der Mindestsätze möglich ist (und zwar unabhängig von dem EuGH-Urteil)

2. Auswirkungen auf zukünftige Verträge

- Verbindliche Festlegung einzelner Honorarparameter bei Vertragsschluss möglich – zukünftig höchstwahrscheinlich keine Chance des AN ein höheres Honorar zu fordern, wenn sich herausstellt, dass die vereinbarten Honorarparameter objektiv nicht der HOAI entsprechen

3. Auswirkungen auf bestehende Verträge

- Keine Auswirkungen – das vereinbarte Honorar bleibt verbindlich (Rundschreiben den BMI v. 5.8.2019 - 70000/1#1).
- Das gilt auch dann, wenn die Vertragsparteien ausdrücklich die Mindestsätze gemäß HOAI vereinbart haben
- Zukünftig gibt es auch bei bestehenden Verträgen jedoch keine Möglichkeit mehr, nachträglich das Honorar auf die Mindestsätze anzuheben
- Aufgrund der unterschiedlichen Meinungen zu den Wirkungen des EUGH-Urteils ggf. Verjährungsverzicht mit dem AG vereinbaren und erst einmal abwarten

4. Aktuelle Abrechnungsstreitigkeiten

- Streiten sich die Vertragspartner aktuell – gerichtlich oder außergerichtlich – über das Mindestsatzhonorar, bestehen aus Sicht des AN neue Risiken:
  - Bei außergerichtlichen Streitigkeiten ist dem AN nicht mehr zu empfehlen, eine Klage wg. vermeintlicher Mindestsatzunterschreitung einzureichen, bis der Gesetzgeber oder der BGH die offenen Fragen geklärt hat.
  - Aufgrund der unterschiedlichen Meinungen zu den Wirkungen des EuGH-Urteils ggf. Verjährungsverzicht mit dem AG vereinbaren und erst einmal abwarten.

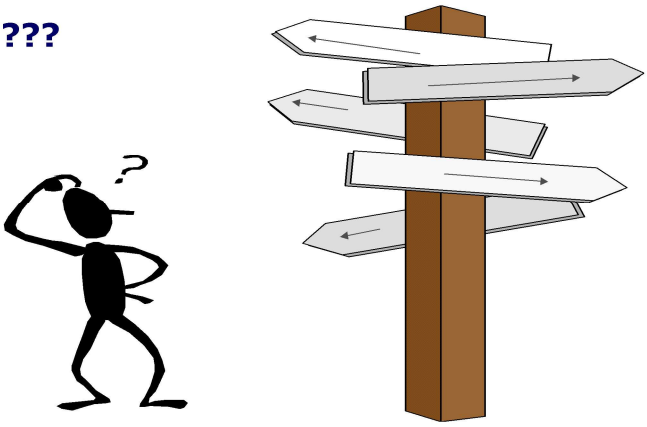
4. Aktuelle Abrechnungsstreitigkeiten

- Bei aktuellen Gerichtsverfahren hoch umstritten, ob die Gerichte in bereits anhängigen Rechtstreitigkeiten des EuGH-Urteil berücksichtigen müssen (so OLG Celle, Urt. v. 17.7.2019 - 14 U 188/18 und Urt. v. 14.8.2019 - 14 U 198/18) oder nicht (so OLG Hamm, Urt. v. 23.7.2019 - 21 U 24/18).
- Das OLG Celle und das OLG Hamm haben die Revision zum BGH zugelassen – evtl. bekommt der BGH die Gelegenheit, diese Frage relativ zeitnah zu klären.

5. Fehlende Honorarvereinbarung

- Bisher: Automatische Geltung der HOAI-Mindestsätze (§ 7 Abs. 5 HOAI)
- Zukünftig - ohne Vergütungsvereinbarung: bestehen einer „Taxe" oder in Ermangelung einer „Taxe" die übliche Vergütung gem. § 632 Abs. 2 BGB:
  - Gemäß einem Urteil des LG Hamburg sind das die HOAI-Mindestsätze (LG Hamburg, Urt. v. 23.5.2019 – 32 O 288/17; so auch von Rintelen in Kniffka, ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht, Stand: 25.6.2019, § 632 BGB, Rn. 68).
  - Interessant: Vielleicht ist es auch der Mittelsatz (Präsidium der BAK in DAB 08/2019, Ausgabe Ost, S. 66)?

- **Fragen ???**



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!