

## **EuGH: HOAI-Mindest- und Höchstsätze sind EU-rechtswidrig**

### **Das Aus und die vergaberechtlichen Folgen für Kommunen**

Norbert Portz, Beigeordneter beim Deutschen Städte- und Gemeindebund,  
Berlin/Bonn

**Der EuGH hat mit Urteil vom 04. Juli 2019 – C-377/17 – das deutsche Mindest- und Höchstsatzgebot in der HOAI für EU-rechtswidrig erklärt. Das Aus überrascht nach den klaren Schlussanträgen des Generalanwalts nicht. Der EuGH sieht in verbindlichen Honoraren für die Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren einen Verstoß gegen die Regeln der EU-Dienstleistungsrichtlinie und die Niederlassungsfreiheit (Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 Buchst. g) und Abs. 3 der Richtlinie 2006/123/EU sowie Art. 49 AEUV). Nach Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 Buchst. g) der Richtlinie müssen EU-Staaten prüfen, ob Mindest- und / oder Höchstsätze nötig sind. Nach Abs. 3 der Norm prüfen die Mitgliedstaaten, ob dennoch festgesetzte Mindest- und / oder Höchstsätze die Bedingungen der „Nichtdiskriminierung, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit“ erfüllen. Das ist laut EuGH bei HOAI-Mindest- und Höchstsatzvorgaben nicht der Fall. Das Gericht begründet sein Urteil mit einem Verstoß des Mindest- / Höchstsatzgebots gegen die Niederlassungsfreiheit, also gegen EU-Primärrecht. Das Urteil gilt daher losgelöst davon, ob Architekten- und Ingenieurverträge Leistungen betreffen, die die vergaberechtlichen EU-Schwellenwerte übersteigen oder nicht.**

### **Die Kernaussagen des EuGH-Urteils**

Der EuGH sieht die HOAI-Mindestsätze nicht als geeignet an, das Ziel einer hohen Qualität der Planungsleistungen zu erreichen. Hieraus folgert er einen Verstoß gegen Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 Buchst. g) und Abs. 3 der Richtlinie 2006/123/EU. Der Gerichtshof sieht auch im HOAI-Höchstsatzgebot (Anm.: Das Höchstsatzgebot spielt in der Praxis kaum eine Rolle) wegen der hier möglichen und weniger einschneidenden Maßnahmen, wie etwa Preisorientierungen, einen Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und damit gegen das EU-Recht (Rn. 95). Damit hat der EuGH die HOAI in einem entscheidenden Punkt für EU-rechtswidrig an. Insoweit ist zu bedenken, dass Deutschland als letzter Mitgliedstaat in der EU eine rechtlich verbindliche „Honorarordnung für Architekten und Ingenieure“ aufrechterhält. Dabei ist nicht bewiesen, dass deshalb in Deutschland besser geplant und gebaut wird als etwa in den Niederlanden oder in Skandinavien. Insbesondere die Verwerfung verbindlicher Mindestsätze, die bei Verträgen zwischen der öffentlichen Hand und Architekten sowie Ingenieuren faktisch als Regelsätze dienen, hat weitreichende Folgen.

Zu Beginn seiner Würdigung (Rn. 57) verwirft der EuGH nicht überraschend das Vorbringen der deutschen Regierung, wonach Art. 15 der Richtlinie 2006/123/EU

*„nicht auf rein innerstaatliche Sachverhalte anwendbar sei.“*

Der Gerichtshof hält die Beschränkung des Anwendungsbereichs in § 1 HOAI auf Architekten und Ingenieure mit Sitz im Inland, die ihre Leistungen vom Inland aus erbringen, für unmaßgeblich. Er betont in Rn. 58 seines Urteils,

*„dass die in Kapitel III der Richtlinie 2006/123 enthaltenen Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit der Dienstleistungserbringer dahin auszulegen sind, dass sie auch auf einen Sachverhalt anwendbar sind, dessen Merkmale sämtlich nicht über die Grenzen eines einzigen Mitgliedstaats hinausweisen (Urteil vom 30. Januar 2018, X und Visser, C-360/15 und C-31/1 EU:C:2018:44, Rn. 110).“*

### **EuGH: Mindestsätze können Qualitätssicherung grundsätzlich gewährleisten**

Inhaltlich erwähnenswert ist, dass der EuGH entgegen den engeren Ausführungen der EU-Kommission und insbesondere des Generalanwalts M. Szpunar in seinen Schlussanträgen vom 28. Februar 2019 die Vorgabe von Mindestpreisen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses grundsätzlich für sachlich gerechtfertigt hält. So kann es - im Sinne der Darlegungen der Bundesrepublik Deutschland - nach dem EuGH sachgerecht sein, die Gefahr von „Billigangeboten“ durch Mindestsätze zu begrenzen. Durch Festsetzungen von Mindestsätzen könne verhindert werden, dass

*„Leistungen zu Preisen angeboten werden, die langfristig nicht die Qualität dieser Leistungen gewährleisten können“ (Rn. 81 und 82).*

Nach dem EuGH (Rn. 83, 88) kann die Existenz von Mindestsätzen bei der Vergabe von Planungsleistungen gerade wegen der Kennzeichnung des deutschen Marktes

*„durch eine große Zahl kleiner und mittlerer Unternehmen dazu beitragen, eine hohe Qualität der Planungsleistungen zu gewährleisten und folglich dazu, die von der Bundesrepublik Deutschland angestrebten Ziele (Anm.: Sicherung der Qualität der Planungsleistungen, Verbraucherschutz, Bausicherheit, Erhaltung der Baukultur und des ökologischen Bauens, s. Rn. 75 und 76) zu erreichen“.*

### **Inkohärenz deutscher Regelung: Nicht zur Qualitätserreichung geeignet**

Der EuGH weist aber darauf hin, dass nationale Normen nur dann diesen Zielen gerecht werden, wenn diese in „kohärenter und systematischer Weise“ umgesetzt werden (Rn. 89). Hier sieht der EuGH in seinen „berufsständischen“ Ausführungen eine „Inkohärenz“ der deutschen Regelung. Denn in Deutschland (Rn. 91)

*„seien die Planungsleistungen nicht bestimmten Berufsständen vorbehalten, die einer zwingenden berufsständischen- oder kammerrechtlichen Aufsicht unterliegen, und neben Architekten und Ingenieuren auch andere nicht reglementierte Dienstleistungsanbieter Planungsleistungen erbringen könnten.“*

Darauf basierend führt der EuGH in Rn. 92 aus:

*„Der Umstand jedoch, dass in Deutschland Planungsleistungen von Dienstleistern erbracht werden können, die nicht ihre entsprechende fachliche Eignung nachgewiesen haben, lässt im Hinblick auf das mit den Mindestsätzen verfolgte Ziel, eine hohe Qualität der Planungsleistungen zu erhalten, eine Inkohärenz in der deutschen Regelung erkennen. Trotz des Befunds in Rn. 88 des vorliegenden Urteils ist nämlich festzustellen, dass solche Mindestsätze nicht geeignet sein können, ein solches Ziel zu erreichen, wenn – wie aus den beim Gerichtshof eingereichten Unterlagen hervorgeht – für die Vornahme der Leistungen, die diesen Mindestsätzen unterliegen, nicht selbst Mindestgarantien gelten, die die Qualität dieser Leistungen gewährleisten können.“*

In der Folge stellt der EuGH in Rn. 93 seines Urteils fest,

*„dass es der Bundesrepublik Deutschland nicht gelungen ist, nachzuweisen, dass die in der HOAI festgelegten Mindestsätze geeignet sind, die Erreichung des Ziels einer hohen Qualität der Planungsleistungen zu gewährleisten und den Verbraucherschutz sicherzustellen“.*

### **Erbringung von Planungsleistungen in Deutschland nicht reglementiert**

Der EuGH stellt mit der „Inkohärenz“ und der Ungeeignetheit des HOAI-Mindestsatzes zur Erreichung einer hohen Planungsqualität auf einen wichtigen Aspekt im deutschen Berufsrecht ab: Dieser beinhaltet, dass in Deutschland durch Vorgaben in den jeweiligen Landesbauordnungen zwar die „Bauvorlageberechtigung“, also die Frage der Unterzeichnung der Genehmigungsplanung für die Änderung, die Errichtung sowie den Abbruch von Bauwerken, wenn auch bundesweit unterschiedlich, geregelt ist. Nicht näher reglementiert und insbesondere nicht auf die Berufsgruppe der Architekten und Ingenieure beschränkt ist aber, wer in Deutschland Planungsleistungen ausführen darf. Daher gibt es, wie der EuGH es in Rn. 92 ausdrückt

*„für die Vornahme der Leistungen, die diesen Mindestsätzen unterliegen, nicht selbst Mindestgarantien, die die Qualität dieser Leistungen gewährleisten können.“*

Dieser bisher in Deutschland in Kauf genommene Tatbestand einer Nichtreglementierung zur Ausübung von Planungsleistungen dürfte gerade seitens der Architekten- und Ingenieurverbände im Rahmen der jetzt entbrannten Diskussion um die Schlussfolgerungen aus dem EuGH-Urteil auch dafür genutzt werden, Forderungen zur Neuregelung des Berufsrechts zu erheben.

### **Konsequenzen aus der EuGH-Entscheidung für öffentliche Auftraggeber**

Aktuell ist jedoch für öffentliche Auftraggeber wichtiger, welche konkreten Konsequenzen das EuGH-Urteil für diese bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen hat. Zunächst gilt, dass der EuGH „nur“ das deutsche Preisrecht der HOAI in Form der dort geregelten Vorgaben zur Einhaltung von Mindest- und Höchstsätzen für EU-rechtswidrig erklärt hat. Nicht Gegenstand des Vertragsverletzungsverfahrens und des Urteils waren die ebenfalls in der HOAI geregelten Inhalte zu den Leistungen, Leistungsbildern oder Leistungsphasen etc. und auch nicht etwa die Frage, was Inhalt der Nebenkosten (s. § 14 Abs. 2 HOAI) ist. Diese Inhaltsregelungen können und sollten daher auch in künftigen Verträgen vereinbart werden. Sie bilden ein sowohl von öffentlichen Auftraggebern als auch von den Planern breit akzeptiertes Gerüst. Auch bestehen an der Rechtmäßigkeit dieser sinnvollen „Leitplanken“ keine Zweifel.

Dies bedeutet, dass auch weiterhin Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern sowie Architekten und Ingenieuren auf Basis der umfassenden inhaltlichen Tatbestände der HOAI geschlossen werden können. Ausgenommen sind daher „nur“ die Mindest- und Höchstsatzvorgaben. Grundsätzlich kann auch die Berechnung der Honorarsystematik der HOAI weiter als Gegenstand einer individual-vertraglichen Vereinbarung bestehen bleiben. Insbesondere vergaberechtlich müssen als Konsequenz aus dem Urteil je nach zeitlicher Stufe der Verträge drei Fallgruppen unterschieden werden:

Nach den zeitlich bereits vor dem EuGH-Urteil abgeschlossenen Verträgen, den aktuell und zeitlich nach der EuGH-Entscheidung, aber vor Anpassung der HOAI, zu schließenden Verträgen sowie künftigen Verträgen nach der erfolgten Anpassung der HOAI:

### **1. Fallgruppe: Bereits durchgeführte und abgerechnete Verträge**

Bestehende sowie bereits vor dem Ergehen des EuGH-Urteils (04. Juli 2019) abgeschlossene sowie abgerechnete Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Architekten und Ingenieuren, bei denen der HOAI-Mindestsatz auf der Grundlage von § 7 Abs. 1 HOAI rechtswirksam, d. h. „schriftlich“ mit zwei Unterschriften auf einem Dokument und bei „Auftragserteilung“, vereinbart wurde, bleiben weiter bestehen. Die Wirksamkeit gilt auch für noch erfolgende Stufenabrufe. Hier gibt es auch keinen nachträglichen Anpassungsbedarf. Denn die Vertragsparteien haben ihren Vertrag durch den Bezug auf den Preisfindungsmechanismus der HOAI wirksam geschlossen. Auf dessen Basis sind dann die erbrachten Leistungen ebenso wirksam abzurechnen. Das gesamte Projekt ist daher nach der geschlossenen Honorarvereinbarung abzuwickeln.

### **2. Fallgruppe: Schwebephase zwischen EuGH-Urteil und HOAI-Anpassung**

Interessanter ist die aktuell bestehende zeitliche Schwebephase nach dem Ergehen des EuGH-Urteils am 04. Juli 2019 bis zur erfolgten Anpassung der HOAI in Deutschland, insbesondere des § 7 Abs. 1 HOAI mit den dort vorgegebenen Mindest- und Höchstsätzen. Insoweit könnte man zwar die Auffassung vertreten, dass sich zunächst bis zu dem Zeitpunkt, in dem der Bund die HOAI-Regelungen infolge des Urteils des EuGH-Urteil angepasst hat, gar nichts ändert. Folge wäre, dass die verbindliche Mindest- und Höchstsatzvorgabe bis zur Abänderung der HOAI weiter gilt.

Diese Auffassung greift aber zu kurz. Zwar muss Deutschland aufgrund des EuGH-Urteils das Mindest- und Höchstsatzgebot in der HOAI noch abändern. Abzuändern sind auch Vertragsmuster, die öffentliche Auftraggeber verwenden und die Mindest- oder Höchstsatzvorgabe zum Inhalt haben. Unklar ist aber, wann die nötige HOAI-Änderung zeitlich erfolgt. Unabhängig hiervon ist es aber rechtlich sachgerecht und daher zu empfehlen, dass öffentliche Auftraggeber schon in der jetzigen Schwebephase auf Basis der EuGH-Entscheidung das Mindest- und Höchstsatzgebot nicht weiter beachten. Denn die deutschen Gerichte haben nach der EuGH-Entscheidung sowohl in laufenden als auch in künftigen Klageverfahren über Mindesthonorare keine Befugnis mehr, den Mindestsatz der HOAI nach § 7 Abs. 1 HOAI durchzusetzen. Einen Vertrauensschutz gibt es nach Ergehen des EuGH-Urteils nicht mehr. Hinzu kommt, dass Gerichtsverfahren in Deutschland lange und oft Jahre dauern. Spätestens im Jahr 2020 wird aber die HOAI abgeändert sein und es wird keinen rechtlich vorgegebenen Mindest- oder Höchstsatz mehr in der HOAI geben.

Zwar haben das OLG Hamm mit seinem Urteil vom 23. Juli 2019 – 21 U 24/18, also zeitlich im Anschluss an das EuGH-Urteil vom 04. Juli 2019, ebenso wie das KG Berlin mit Beschluss vom 19. August 2019 – 21 U 20/19 entschieden, dass in laufenden Honorarprozessen das verbindliche Preisrahmenrecht der HOAI nach wie vor anwendbar ist. Mit anderen Worten dürfen sich hiernach Auftragnehmer in anhängigen Aufstockungsklagen weiter auf die HOAI-Mindestsätze berufen. Hieran habe auch die EuGH-Entscheidung nichts geändert, da der EuGH lediglich ein Feststellungsurteil getroffen habe, dass erst durch den deutschen Gesetz- bzw. Verordnungsgeber umgesetzt werden müsse. Gegen seine Entscheidung hat das OLG Hamm die Revision zum BGH

zugelassen, um eine einheitliche Rechtsprechung zu ermöglichen. Dem OLG Hamm – ebenso wie dem KG Berlin - entgegengesetzt steht die vorzugswürdige Auffassung des Oberlandesgerichts Celle. Dieses hat mit seinem Urteil vom 17. Juli 2019 – 14 U 188/18 - festgestellt, dass sich eine Partei auch in „laufenden Architektenprozessen“ nach der Entscheidung des EuGH nicht mehr auf eine Unter- bzw. Überschreitung der Mindest- bzw. Höchstsätze der HOAI berufen kann. Insoweit führt das OLG Celle in seinen Leitsätzen klar und deutlich aus, dass

*„die Gerichte wegen des Anwendungsvorbehalts des Europarechts verpflichtet sind, die für europarechtswidrig erklärten Regelungen der HOAI nicht mehr anzuwenden. Die Entscheidung des EuGH vom 04. Juli 2019 ist auch in laufenden Verfahren umzusetzen. Die für die nationalen Gerichte bindende Auslegung des EU-Rechts wirkt sich auf bestehende Vertragsverhältnisse aus, wenn dort in Abweichung des vereinbarten Honorars unter Bezug auf den HOAI-Preisrahmen ein Honorar in diesem Rahmen durchgesetzt werden soll. Honorarvereinbarungen, die das Preisrecht der HOAI ignorieren, sind daher nicht mehr unzulässig.“*

Diese vorzugswürdige Entscheidung des OLG Celle stimmt im Übrigen mit zwei Entscheidungen von Landgerichten, die zeitlich vor dem Urteil des EuGH ergangen sind, überein. So hat das Landgericht Dresden schon mit Beschluss vom 08. Februar 2018 – 6 O 1751/15 – entschieden, dass bei einer Feststellung der EU-Rechtswidrigkeit der HOAI-Mindestsätze durch den EuGH eine Honorarklage eines Architekten ohne weiteres abzuweisen ist, soweit statt des vereinbarten und unterhalb des Mindestsatzes liegenden Honorars das höhere Mindestsatzhonorar verlangt wird. In einer weiteren Entscheidung vom 07. Mai 2019 – 3 O 221/18 – hat das Landgericht Baden-Baden ebenfalls bereits zeitlich vor dem EuGH-Urteil ausgeführt, dass Zivilprozesse, in denen die Mindest- und Höchstsätze streitentscheidend sind, bis zur EuGH-Entscheidung in der Rechtssache C-137/18 (Anm.: Rechtssache des EuGH-Urteils) auszusetzen sind.

Auch das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) hat in einem Schreiben vom 4. Juli (Az.: IB6-20614/001) folgendes ausgeführt:

*„Das EuGH-Urteil hat insbesondere zur Folge, dass die öffentlichen Stellen in Deutschland aufgrund des Anwendungsvorrangs des Europarechts verpflichtet sind, ab sofort die für europarechtswidrig erklärten Regelungen der HOAI nicht mehr anzuwenden. Daher darf beispielsweise bei der Vergabe öffentlicher Aufträge über Architekten- oder Ingenieurleistungen Angeboten der Zuschlag nicht mehr aufgrund der Tatsache verweigert werden, dass die angebotenen Preise unterhalb der Mindesthonorarsätze oder oberhalb der Höchst Honorarsätze der HOAI liegen.“*

Auf Basis der zuletzt genannten Entscheidungen und Aussagen sind nach dem EuGH-Urteil Nachberechnungen von Mindestsätzen auf Basis der HOAI-Vorgaben bereits heute, also bevor die HOAI abgeändert wurde, unzulässig. Denn spätestens vor Gericht wird man mit derartigen Forderungen kein Gehör mehr finden. Vielmehr sind die Gerichte als Teil der Bundesrepublik Deutschland aktuell gehindert, noch weiter einen Mindestsatz zuzusprechen, da der EuGH diesen für EU-rechtswidrig erklärt hat.

Je nach Stand und Inhalt von Verfahren zur Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen in der jetzigen Schwebephase sind öffentliche Auftraggeber im Übrigen gut beraten, rechtswidrige und noch auf die Mindest- und Höchstsatzvorgaben verweisende Auftragsbekanntmachungen, etwa über die Vergabepattformen, rechtsgültig

abzuändern. Hat die Vergabestelle bereits Architekten oder Ingenieure zur Angebotsabgabe aufgefordert und haben diese bereits Angebote unter Mindestsatzvorgabe abgegeben, könnten Auftraggeber ggf. alle Bieter erneut auffordern, ihre Angebote auf der Grundlage aktualisierter und mit den Aussagen im EuGH-Urteil übereinstimmender Zuschlagskriterien (Preis als ergänzendes Wertungskriterium) zu übermitteln.

In diesem Fall wäre zu überlegen, die Angebotsfrist, die Bindefrist und die Termine für die Verhandlungen zu verlängern. Jedoch ist eine Änderung von Zuschlagskriterien im laufenden Verfahren nur unter sehr engen Voraussetzungen möglich (s. zuletzt VK Westfalen, Beschluss vom 27.05.2019 – VK 2-6/19). Würde daher der Preis im Nachhinein von Auftraggebern auf Basis des EuGH-Urteils erstmalig als ergänzendes Zuschlagskriterium in ein laufendes Vergabeverfahren eingebracht, muss zur Wahrung des Wettbewerbs- und Transparenzgebots (s. §§ 97 Abs. 1 S. 1 GWB, 2 Abs. 1 S. 1 UVgO) regelmäßig eine erneute Auftragsbekanntmachung stattfinden.

### **3. Fallgruppe: Künftiges Vorgehen für Auftraggeber - Gestaltungsspielräume**

Die dritte Fallgruppe zeigt die bereits jetzt (s. Fallgruppe 2.) sowie erst Recht die nach erfolgter Änderung der HOAI (s. § 7 Abs. 1 HOAI) sowie ggf. auch des Vergaberechts (s. etwa §§ 127 Abs. 2 GWB sowie 76 Abs. 1 S. 2 VgV) für öffentliche Auftraggeber zu ziehenden Schlussfolgerungen aus dem EuGH-Urteil auf. Insoweit beinhalten die Konsequenzen aus der EuGH-Entscheidung für öffentliche Auftraggeber neue Gestaltungsspielräume. Im Einzelnen:

#### **- Angebote unter den HOAI-Mindestsätzen sind zuschlagsfähig**

In der Folge der EU-Rechtswidrigkeit der in § 7 der HOAI geregelten Mindest- und Höchstsätze können Architekten und Ingenieure künftig nicht mehr den Mindestsatz einfordern, wenn sie vorab eine niedrigere Vergütung vereinbart haben. Dies galt wegen der grundsätzlichen Beschränkung der HOAI (s. § 1 HOAI) auf Architekten und Ingenieure mit Sitz im Inland schon für alle Anbieter mit Sitz im Ausland. Deren Anzahl hielt sich aber bisher bei Vergaben durch deutsche Auftraggeber sehr in Grenzen und es ist nicht zu erwarten, dass sich dies ändert. Öffentliche Auftraggeber dürfen daher künftig den Zuschlag bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen auch auf Angebote erteilen, bei denen die Preise unterhalb des HOAI-Mindestsatzes liegen. Somit ergibt sich für Auftraggeber bei der Vergabe dieser Planungsleistungen ein größerer Gestaltungsspielraum zur Einbeziehung des Preises als Wertungs- und Zuschlagskriterium.

Etwas anderes folgt auch nicht aus einem – nicht rechtskräftiges- Urteil des LG Hamburg vom 23. Mai 2019, Az.: 321 O 288/17. Die Entscheidung erging zeitlich vor dem EuGH-Urteil in einer Sonderkonstellation: In dem Fall wurde von den Vertragsparteien gegen die Vorgaben des § 7 Abs. 1 HOAI verstoßen. Danach müssen Honorarverträge zu ihrer Wirksamkeit durch „schriftliche Vereinbarung“ der „Vertragsparteien“, also mit zwei Unterschriften auf demselben Dokument, sowie „bei Auftragserteilung“ geschlossen werden. Da es an einer wirksamen Honorarvereinbarung fehlte, wandte das LG Hamburg für die Frage der vom Auftraggeber zu zahlenden Vergütung § 632 Abs. 2 BGB an. Danach sei – unabhängig von einer EU-Rechtswidrigkeit der Mindestsätze – die „übliche Vergütung“ zu zahlen. Üblich ist laut dem Landgericht die Abrechnung nach dem HOAI-Mindestsatz.

Es bleibt abzuwarten, ob diese nicht rechtskräftige Entscheidung Bestand hat und nach Ergehen des EuGH-Urteils auch von anderen Gerichten geteilt wird. Denn damit könnte durch die Hintertür – wenngleich in einem Sonderfall – der HOAI-Mindestsatz weiter verpflichtend bleiben. Unabhängig von der weiteren Entwicklung ist aber klar darauf hinzuweisen, dass das LG-Urteil ausschließlich den Spezialfall betraf, bei dem die Honorarvereinbarung formale Mängel hatte. Das Urteil darf daher keinesfalls auf andere Fallkonstellationen übertragen werden.

Daher bleibt es nach dem EuGH-Urteil dabei, dass öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen auch den Angebotspreis als Zuschlagskriterium einbeziehen können. Dieser Spielraum kann über eine mögliche Unterschreitung der Mindestsätze hinaus unterschiedlich gestaltet werden. So besteht die Option zur vermehrten Vereinbarung von Pauschalhonoraren. Diese waren auch bisher, etwa bei Baukosten eines Gebäudes oberhalb von 25 Millionen Euro Tafelwert, zulässig. Allerdings bedingt auch die Möglichkeit der Vereinbarung von Pauschalhonoraren zwingend, dass öffentliche Auftraggeber die jeweilige Planungsaufgabe exakt beschreiben, so dass die hierzu erforderlichen Leistungen, also insbesondere Grund- und besondere Leistungen, genau vertraglich festgelegt werden können.

Dabei ist selbst bei Beachtung dieser Vorgabe die Vereinbarung eines Pauschalhonorars für beide Vertragsparteien mit großen Risiken verbunden. Dies gilt wegen der Schwierigkeiten zur Festlegung eines Pauschalhonorars, das sich nicht nur bei Vertragsschluss, sondern auch nach oftmals stattfindenden Änderungen des Planungsumfangs und der Bauausführung bewähren muss. Hier zeigt die Erfahrung, dass jedenfalls auch ein wenig bauerfahrener öffentlicher Auftraggeber und damit auch manche Kommune die Angemessenheit eines Pauschalhonorars nur schwer einschätzen kann. Demgegenüber bilden die in der HOAI enthaltenen Honorartafeln für ihn eine viel bessere Grundlage zur Festlegung einer angemessenen Vergütung.

Auch die verstärkte Vereinbarkeit von Zeit- und Stundensatzhonoraren sowie eine Orientierung des Honorars an den Baukosten (s. insoweit die Baukostenvereinbarung nach § 6 Abs. 3 HOAI) ist wegen der Unwägbarkeiten der Planungs- und Bauausführungen sowie deren Änderungen durchaus mit Risiken verbunden. Förderlich ist daher sicher eine Honorarvereinbarung, die eine flexible Honorarregelung enthält.

Insgesamt ist jedenfalls zu beachten, dass preisorientierte Wertungs- und Zuschlagskriterien nunmehr stärker in die Wertung einfließen können. Damit ist auch § 127 Abs. 2 GWB, wonach

*„verbindliche Vorschriften zur Preisgestaltung bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots zu beachten sind“,*

dann, wenn eine Änderung bzw. Klarstellung verhindert werden soll, zumindest rechtskonform i. S. d. EuGH-Urteils so auszulegen, dass die Mindest- und Höchstsatzregelung der HOAI nicht mehr zum Tragen kommen darf. Das Gleiche gilt für eine in Folge des EuGH-Urteils erforderliche Anpassung bzw. zumindest rechtskonforme Auslegung des § 76 Abs. 1 S. 2 sowie des § 77 Abs. 3 VgV, wonach dann, wenn

*„die zu erbringende Leistung nach einer gesetzlichen Gebühren- oder Honorarordnung zu vergüten ist, der Preis im dort vorgesehenen Rahmen zu berücksichtigen ist bzw. gesetzliche Gebühren- und Honorarordnungen unberührt bleiben.“*

## **- Mehr Gestaltungsspielraum von Verhandlungsverfahren: Preis als Kriterium**

Eine weitere Folge des HOAI-Urteils ist der damit verbundene größere Spielraum für öffentliche Auftraggeber bei der Gestaltung von Verhandlungsverfahren im Hinblick auf den Preis. § 74 VgV i. V. m. § 73 Abs. 1 VgV bestimmt insoweit u. a., dass

*„die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen, deren Gegenstand eine Aufgabe ist, deren Lösung vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann, in der Regel im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb erfolgt.“*

Der in § 74 VgV auch erwähnte Wettbewerbliche Dialog kommt bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen demgegenüber nur sehr selten zur Anwendung. Kennzeichnend für die Durchführung von Verhandlungsverfahren ist, dass nach Abschluss des vorgezogenen Teilnahmewettbewerbs (1. Stufe) auf der zweiten Stufe im Rahmen der Abgabe der Angebote sowohl über deren Inhalt als auch über den Angebotspreis verhandelt werden darf. Insoweit wurde der Spielraum durch den Wegfall der verbindlichen Mindestsätze für öffentliche Auftraggeber erweitert und der Preis als Zuschlags- und Wertungskriterium rückt verstärkt in den Vordergrund. Das bedeutet aber auch, dass der öffentliche Auftraggeber jetzt noch mehr gefordert ist, seine Wünsche und Bedarfe konkret anhand exakter Bewertungsmerkmale zu beschreiben, um für Bieter die Voraussetzungen für eine sichere Preisermittlung zu ermöglichen.

Die erweiterte Verhandlungsmöglichkeit auch über Angebotspreise besteht trotz des für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen oberhalb der EU-Schwellenwerte in § 76 Abs. 1 S. 1 VgV verankerten Leistungswettbewerbs. Nichts anderes gilt für die Vergabe von Planungsleistungen unterhalb der EU-Schwellenwerte. Hier findet nach der „Sonderregelung zur Vergabe von freiberuflichen Leistungen“ (§ 50 UVgO) „nur“ ein „Wettbewerb“ statt. Dieser Wettbewerb beinhaltet erst recht die Möglichkeit zu Verhandlungen über die Angebotspreise.

## **- Leistungs- und Qualitätswettbewerbe behalten ihren Wert**

Auch nach dem EuGH-Urteil sollten öffentliche Auftraggeber aber trotz der neu geschaffenen Möglichkeit eines verstärkten Preiswettbewerbs jedenfalls bei der Vergabe komplexerer Architekten- und Ingenieurleistungen schon wegen des Ziels, qualitätsvolle Planungen und gute Bauten, Freianlagen oder Verkehrsanlagen etc. zu erhalten, am Prinzip des „Leistungswettbewerbs“ festhalten. Insoweit regelt § 127 Abs. 1 S. 1 GWB:

*„Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt.“*

In § 127 Abs. 1 S. 3 GWB heißt es weiter:

*„Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis.“*

Diese Vorgaben bestehen gleichermaßen bei Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte (s. § 43 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 UVgO). Hierin kommt zum Ausdruck, dass nicht allein der Preis, sondern auch die Planungsqualität ein maßgebliches Kriterium für die Zuschlagsentscheidung bildet. Hinzu kommt, dass für Vergaben von Architekten- und

Ingenieurleistungen oberhalb der EU-Schwellenwerte in § 76 Abs. 1 S. 1 VgV das Gebot des „Leistungswettbewerbs“ ausdrücklich verankert ist. Dieses beinhaltet für öffentliche Auftraggeber eine verbindliche Rechtsvorgabe.

Zwar könnte man den Vorrang des Leistungswettbewerbs nach dem Wegfall der HOAI-Mindestsätze rechtlich hinterfragen. Dabei ist aber zu bedenken, dass die Richtlinie 2014/24/EU (VRL) es im Erwägungsgrund 90 ausdrücklich zulässt, das Preiskriterium im Sinne einer großen Gestaltungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers zu untersagen oder einzuschränken. Erwägungsgrund 90 S. 5 VRL bestimmt isoweit:

*„Um eine stärkere Ausrichtung der öffentlichen Auftragsvergabe auf die Qualität zu fördern, sollte es den Mitgliedstaaten gestattet sein, die Anwendung des alleinigen Preis- oder Kostenkriteriums zur Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots zu untersagen oder einzuschränken, sofern sie dies für zweckmäßig halten.“*

Insoweit kann und muss davon ausgegangen werden, dass Deutschland durch die Formulierung in § 76 Abs. 1 S. 1 VgV von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht hat. Daher hat der Grundsatz des Leistungswettbewerbs für öffentliche Auftraggeber zumindest bei der Vergabe komplexerer und innovativer Architekten und Ingenieurleistungen weiter seine sowohl rechtliche als auch tatsächliche Bedeutung. Derartige komplexere und innovative Leistungen liegen im Kontext der VgV dann vor,

*„wenn deren Gegenstand eine Aufgabe ist, deren Lösung vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann“* (s. § 73 Abs. 1 VgV).

Hierauf aufbauend (s. die Eingangsformulierung in § 73 Abs. 1 VgV)

*„Die Bestimmungen dieses Abschnitts gelten zusätzlich für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen, deren Gegenstand eine Aufgabe ist, deren Lösung vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann“*

formuliert § 76 Abs. 1 S. 1 VgV für die Vergabe derartiger nicht vorab eindeutig beschreibbarer Dienstleistungen das Gebot des Leistungswettbewerbs. Dieses beinhaltet, dass ein reiner Preiswettbewerb die Bedeutung derartiger geistig-kreativer Leistungen, also etwa die Durchführung der Leistungsphasen 1 bis 5 für Gebäude (Grundlagenermittlung, Vorplanung, Entwurfsplanung, Genehmigungsplanung und Ausführungsplanung), nicht ausreichend abbildet.

Unabhängig von dieser rechtlichen Vorgabe muss ein öffentlicher Auftraggeber ein eigenes Interesse daran haben, eine gute Planung und inhaltlich qualitativ hochwertige Konzepte von den Architekten und Ingenieuren zu erhalten. Denn nur diese können in der Umsetzung eine gute Bauausführung, Landschafts-, Freiraum- oder Verkehrsplanung etc. sicherstellen sowie Mängel und damit zusätzliche Kosten sowie Zeitverzögerungen reduzieren helfen. Am Grundsatz des Leistungswettbewerbs in § 76 Abs. 1 S. 1 VgV bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen ist daher bei komplexeren Architekten- und Ingenieurleistungen, deren Lösung vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann (s. § 73 Abs. 1 VgV), festzuhalten. Das Gebot des Leistungswettbewerbs bei der Vergabe komplexeren und nicht vorab eindeutig beschreibbaren Leistungen spricht dafür, dass Leistungs- und Qualitätsvorgaben bei der Gewichtung der Zuschlagskriterien durch öffentliche Auftraggeber den

Hauptanteil bilden müssen. Folge wäre, dass der Preis bei der Gewichtung der Zuschlagskriterien in den genannten Fällen unter 50% ausmachen muss.

Entsprechende Vorgaben (Leistungswettbewerb) finden sich für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen unterhalb der EU-Schwellenwerte und speziell in § 50 UVgO („Wettbewerb“) nicht. Daher könnte insofern davon ausgegangen werden, dass hier rechtlich auch ein erweiterter Preiswettbewerb möglich ist. Allerdings ist auch insoweit der für die Vergaben von Architekten- und Ingenieurleistungen nach § 2 Abs. 1 UVgO geltende Grundsatz des Wettbewerbs zu beachten. Dieser verbietet jedenfalls ungesunde und beeinträchtigende Formen des Wettbewerbs.

Ob ein solcher ungesunder (Dumpingpreis-)Wettbewerb vorliegt, ist eine Frage des Einzelfalls. Unabhängig von den durch das EuGH-Urteil geschaffenen neuen „rechtlichen Freiheiten“ für öffentliche Auftraggeber sollten diese jedenfalls bei der Vergabe komplexer Architekten- und Ingenieurleistungen, deren Gegenstand eine Aufgabe ist, deren Lösung vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann, auch unterhalb der EU-Schwellenwerte keine einseitige Reduzierung der Zuschlagskriterien auf den Angebotspreis und einer damit verbundenen Gefahr des Preisdumpings vornehmen. Daher empfiehlt sich auch hier ein Leistungs- und Qualitätswettbewerb.

Im Übrigen wäre ein einseitiger Preiswettbewerb bei der Vergabe von Planungsleistungen sowohl für öffentliche Auftraggeber und insbesondere die Kommunen als auch für Architekten- und Ingenieurbüros auch insgesamt nicht nur kurzfristig, sondern auch auf Dauer negativ. Denn neben der Gefahr des Erhalts schlechter Planungsleistungen besteht zusätzlich die Gefahr, dass speziell kleinere und mittlere Büros vom Markt verschwinden und der Wettbewerb ausgedünnt wird. Damit ist niemandem geholfen. Die Gewährleistung einer qualitätsvollen Planung sollte daher im Vordergrund stehen.

#### - **Durchführung von Planungswettbewerben**

Eine Qualitätssicherung der Planung durch öffentliche Auftraggeber kann auch durch die Durchführung von dem engeren Vergabeverfahren vorgeschalteten „Planungswettbewerben“ erfolgen. Diese dienen dazu, die beste Eignung der jeweiligen Planer sowie die besten Konzepte für die konkrete Planungsaufgabe in einem strukturierten Wettbewerbsverfahren heraus zu filtern. Insoweit ist in § 78 Abs. 1 VgV bestimmt:

*„Planungswettbewerbe gewährleisten die Wahl der besten Lösung der Planungsaufgabe und sind gleichzeitig ein geeignetes Instrument zur Sicherstellung der Planungsqualität und Förderung der Baukultur“.*

Die Durchführung von Planungswettbewerben ist grundsätzlich freiwillig, auch wenn im Oberschwellenbereich § 78 Abs. 2 S. 2 VgV vorsieht, dass öffentliche Auftraggeber über das Ergebnis der insoweit nötigen Prüfung eine Dokumentation ihrer Entscheidung vornehmen. Eine derartige Vorgabe fehlt für die Durchführung der ebenfalls im Unterschwellenbereich möglichen Durchführung von Planungswettbewerben in § 52 UVgO. Naturgemäß empfiehlt sich eine Durchführung Planungswettbewerben bei der Vergabe komplexer Architekten- oder Ingenieurleistungen, deren Planungen besondere innovativ-geistig-schöpferische Leistungen, etwa im Hinblick auf das beste Konzept (Entwurfsplanung) für die gestellte Aufgabe erfordern. Demgegenüber kommen Planungswettbewerbe bei vorab genau beschreibbaren „Standardleistungen“ (Beispiel: Vermessungsleistungen, Objektdokumentation) nicht in Frage.

## **- Vorrang für mittelstandsfreundliche Vergaben**

Das EuGH-Urteil und die EU-Rechtswidrigkeit der HOAI-Mindestsätze und der dadurch ermöglichte erweiterte (Preis-)Wettbewerb erzeugen ein besonderes Interesse für öffentliche Auftraggeber daran, dass sich eine ausreichende Zahl von Architekten oder Ingenieuren am Vergabeverfahren beteiligt. Um eine breite Zahl von Bewerbungen und Angeboten zu erhalten, rückt das Gebot einer mittelstandsfreundlichen Vergabe daher noch mehr in den Focus.

Das Mittelstandsgebot findet sich bei Vergaben von Architekten- und Ingenieurleistungen oberhalb der EU-Schwellenwerte in § 97 Abs. 4 GWB. Hinzu kommt, dass das Mittelstandsgebot bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen im Rahmen der Eignung im Oberschwellenbereich eine spezialrechtliche Ausformung in § 75 Abs. 4 S. 2 VgV erfahren hat. Danach sind die Eignungskriterien bei Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte

*„bei geeigneten Aufgabenstellungen so zu wählen, dass kleinere Büroorganisationen und Berufsanfänger sich beteiligen können“.*

Die rechtlichen Vorgaben zur Beachtung des Mittelstandsgebots kommen bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen in der gebotenen Teil- und Fachlosvergabe (s. § 97 Abs. 4 GWB), von der nur ausnahmsweise aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen abgewichen werden kann, zum Ausdruck. Das Mittelstandsgebot verbietet daher grundsätzlich die Vergabe von Leistungen an Generalplaner. Es beinhaltet vielmehr, dass unterschiedliche Leistungen von Architekten und Ingenieuren (Beispiel: Objektplanung durch Architekten für Gebäude einerseits und Fachplanungsleistungen, wie Tragwerksplanung oder technische Ausrüstung durch Ingenieure andererseits) auch getrennt vergeben werden müssen, um die Interessen kleinerer und mittlerer Büros zu wahren.

Die genannten Normen (§§ 97 Abs. 4 GWB, 75 Abs. 4 S. 2 VgV) finden zwar auf die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen im Unterschwellenbereich und auf § 50 UVgO („Sonderregelung zur Vergabe von freiberuflichen Leistungen“) keine Anwendung. Das Mittelstandsgebot ist aber Ausfluss des auch für die Vergaben von freiberuflichen Planungsleistungen im Unterschwellenbereich geltenden Wettbewerbsgebots (s. § 2 Abs. 1 UVgO). Es hat das Ziel, dass sich auch kleinere und mittlere Architekten- oder Ingenieurbüros am Vergabewettbewerb beteiligen. Auch ist das Mittelstandsgebot in § 2 Abs. 4 UVgO über die „Grundsätze der Vergabe“ verankert. Es findet daher auch bei Vergaben freiberuflicher Leistungen unterhalb der EU-Schwellenwerte Anwendung.

Zudem macht es gerade aus Sicht öffentlicher Auftraggeber und insbesondere von Kommunen Sinn, den Vergabewettbewerb bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen so auszugestalten, dass kleinere und mittlere Büros sich auch bewerben können. Damit wird gewährleistet, dass gerade Büros aus der eigenen Stadt oder aus der Region auch eine Chance zur Teilnahme haben.

## **- Prüfung ungewöhnlich niedriger Angebote**

Weiter gewinnt infolge des EuGH-Urteils und des Wegfalls des HOAI-Mindestsatzgebots die Norm über „*Ungewöhnlich niedrige Angebote*“ in § 60 VgV (Oberschwellenbereich) an Bedeutung. Denn insoweit sind die Honorare zwischen den Vertragsparteien zukünftig bis zur im Einzelfall zu bestimmenden Grenze des § 138 BGB (Sittenwidriges Rechtsgeschäft) grundsätzlich frei vereinbar. Auch wenn die entsprechende Regel des § 44 UVgO bei Unterschwellenvergaben wegen der „Sonderregelung“ des § 50 UVgO bei der Vergabe von freiberuflichen Leistungen direkt keine Anwendung findet (s. die veröffentlichten Erläuterungen des BMWi vom 02.02.2017 im BAnz vom 07.02.2017, S.9), sollte § 44 UVgO als Ausfluss des Wettbewerbsgrundsatzes zumindest analog angewandt werden. In den §§ 60 Abs. 1 VgV und 44 Abs. 1 UVgO ist insoweit jeweils bestimmt:

*„Erscheinen der Preis oder die Kosten eines Angebots im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig, verlangt der (öffentliche) Auftraggeber vom Bieter Aufklärung.“*

In den weiteren Absätzen der genannten Regelungen wird im Einzelnen ausgeführt, nach welchen Kriterien die Prüfung und Auswahl bzw. auch die Ablehnung der Angebote durch Auftraggeber erfolgen muss. Insoweit ergibt sich in Folge des EuGH-Urteils eine Gleichstellung mit der bisher schon im sonstigen Dienstleistungsbereich sowie im Liefer- und Baubereich üblichen Prüfung ungewöhnlich niedriger Angebote.

Fraglich ist, ob zur Prüfung ungewöhnlich niedriger Angebote wegen der vom EuGH festgestellten EU-Rechtswidrigkeit der jeweilige HOAI-Mindestsatz als fixer Satz für eine anerkannte „Aufgreifschwelle“ herangezogen werden kann. Folge wäre, dass Angebote, die etwa 10% oder 20% von diesem Mindestsatz abweichen (s. zur anerkannten „Aufgreifschwelle“ bei einem Preisabstand von 20%: BGH, Entscheidung vom 31.07.2017, NZBau 2017, 230 ff.) stets als ungewöhnlich niedrig gelten. Diese Zweifel dürften trotz des nicht rechtskräftigen Urteils des LG Hamburg vom 23. Mai 2019, Az.: 321 O 288/17 bestehen, zumal diese Entscheidung den Spezialfall eines formal fehlerhaften Vertrags betraf. Daher ist künftig bei der Prüfung ungewöhnlich niedriger Angebote ein flexibleres Vorgehen im Sinne zwar einer Orientierung, aber ohne starre Ausrichtung am HOAI-Mindestsatz, anzuraten. Insoweit taugt als Prüfungsmaßstab der „Aufgreifschwelle“ für den öffentlichen Auftraggeber maßgeblich die von diesem zur Identifizierung der ungewöhnlich niedrigen Angebote verwendete sowie methodisch vertretbare und auch sonst fehlerfrei ermittelte Auftragswertschätzung und die in der Folge hieraus resultierende Abweichung zu den nächsthöheren Angebotspreisen.

### **- Sicherung des Qualitätswettbewerbs rückt Festpreise in den Focus**

Zudem rückt eine weitere Gestaltungsmöglichkeit zur Sicherung eines Qualitätswettbewerbs für öffentliche Auftraggeber nach der EuGH-Entscheidung in den Focus: Diese können nach ihrer eigenen Entscheidung den Preis als Wertungskriterium vollkommen unberücksichtigt lassen und sich allein auf andere Kriterien, insbesondere einen Qualitätswettbewerb, bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen beschränken. Insoweit bestimmen §§ 58 Abs. 2 S. 2 VgV, 43 Abs. 2 S. 2 UVgO in Übereinstimmung mit Art. 67 Abs. 2 S. 3 der Richtlinie 2014/24/EU (VRL), dass der öffentliche Auftraggeber auch

*„Festpreise oder Festkosten vorgeben kann, sodass das wirtschaftlichste Angebot ausschließlich nach qualitativen, umweltbezogenen oder sozialen Zuschlagskriterien bestimmt wird.“*

Diese Regelung beinhaltet für öffentliche Auftraggeber die Möglichkeit, dass diese die gesamte Festpreisvergütung, also Nebenkosten (Bsp.: 5 %), Umbauzuschläge (Bsp.: 20 %) oder – angemessene - Stundensätze für alle Anbieter einheitlich vorgeben. Eingeschlossen ist auch die Möglichkeit zur Vorgabe eines Pauschalhonorars.

### **Mögliche Rechtsänderungen aufgrund des EuGH-Urteils in Deutschland**

Die Bundesregierung ist jetzt aufgefordert, auf der rechtlichen Grundlage des Art. 260 Abs. 1 AEUV schnell die rechtlich erforderlichen Schlussfolgerungen aus dem EuGH-Urteil zu ziehen und die erkannten Verstöße zu beseitigen. Nötig sind zeitnahe Änderungen und Anpassungen des geltenden Rechts, damit insbesondere öffentliche Auftraggeber und Kommunen bald Rechtssicherheit erhalten. Nach einer ersten Besprechung im für die Rechtsänderungen federführenden Bundeswirtschaftsministerium (BMWi) am 17. Juli 2019 zeichnet sich ab, dass die Bundesregierung eher minimale und unbedingt nötige Änderungen an der HOAI vornehmen will.

Dies betrifft sicher die erforderliche Änderung der Mindest- und Höchstsatzregelung in § 7 Abs. 1 HOAI. Aber auch § 7 Abs. 3 HOAI über die in Ausnahmefällen möglichen Unterschreitungen der in der HOAI festgesetzten Mindestsätze durch schriftliche Vereinbarungen sowie die Regelung in § 7 Abs. 4 HOAI zur Überschreitung der in der HOAI festgesetzten Höchstsätze im Ausnahmefall werden abgeändert werden müssen. Zudem nehmen auch die §§ 44 Abs. 7, 52 Abs. 5 sowie 56 Abs. 6 HOAI, auf die auch der EuGH in seinem Urteil hinweist, auf die Mindestsatzregelung des § 7 Abs. 3 HOAI Bezug, so dass auch insoweit eine Klarstellung nötig ist. Weitergehende Änderungen, etwa was die Honorarermittlung auf Basis der Honorarzonen etc. angeht, plant das BMWI nach dem jetzigen Stand nicht.

Ebenfalls sind Änderungen in den vergaberechtlichen Bestimmungen, die einen Verweis zum Preisrecht der HOAI (s. §§ 127 Abs. 2 GWB, 76 Abs. 1 S. 2 VgV) enthalten, eher unwahrscheinlich. Folge wäre, dass künftig eine EU-rechtskonforme Auslegung dieser Normen i. S. d. EuGH-Urteils zu erfolgen hat.

Eine gerade von Architektenverbänden in die Diskussion gebrachte Änderung berufsrechtlicher Regelungen und eine damit etwa verbundene Beschränkung der Erbringung von Planungsleistungen ausschließlich durch Architekten und Ingenieure dürften kaum durchsetzbar sein. Denn diese berufsrechtlichen Beschränkungen müssten sich ebenfalls am EU-Recht und der Nichtdiskriminierung anderer Bewerber (Dienstleistungsfreiheit), aber auch an Art. 12 GG (Freiheit der Berufsausübung), messen lassen. Hinzu kommt, dass derartige Regelungen, wie etwa die heute bereits normierte Bauvorlageberechtigung, vielfach in Landesregelungen (Landesbauordnungen, Architektengesetze der Bundesländer, Berufsrechtliche Regeln der Architektenkammern) normiert sind. Notwendige schnelle Änderungen sind daher hierdurch nicht zu erwarten.

In der aktuellen Diskussion einer erforderlichen schnellen Rechtsanpassung ist daher die Aufnahme einer Regelung in die HOAI wie sie z. B. für Steuerberater in der Steuerberatergebührenverordnung (StBGebV) existiert. Dort ist in § 2 StBGebV bestimmt:

*„Ist in dieser Verordnung über die Gebühren für eine Berufstätigkeit des Steuerberaters nichts bestimmt, so sind die Gebühren in sinngemäßer Anwendung der Vorschriften dieser Verordnung zu bemessen.“*

Bei einer entsprechenden Übernahme von Regelungen aus der StBGebV in die HOAI ist aber darauf zu achten, dass nicht über die Hintertür wieder Mindest- und Höchstätze verbindlich eingeführt werden. Das ist nach dem EuGH-Urteil untersagt. Daher hat im Interesse aller Verantwortlichen eine rechtssichere Regelung Vorrang vor nicht ausgereiften Schnellschüssen. Öffentliche Auftraggeber brauchen Rechtssicherheit und eine Beseitigung des jetzigen Schwebezustands. In einer zeitlich zweiten Stufe kann es sich sodann anbieten, auch aufgrund von Änderungen im Vergaberecht eine Neuausrichtung bei den Leistungsbildern und Leistungsphasen der HOAI vorzunehmen. Hierzu nur einige Stichworte:

- Die HOAI-Leistungsinhalte sind im Zusammenwirken der verschiedenen Leistungsbilder nicht einheitlich geregelt.
- Im Hinblick auf das verstärkte modulare sowie serielle Bauen sollte die Leistungsphase 3 (Entwurfsplanung) aufgewertet und um Teile aus der Leistungsphase 5 (Ausführungsplanung) erweitert werden.
- In der Leistungsphase 7 (Mitwirkung bei der Vergabe) muss die stattgefundene Digitalisierung der Vergabeverfahren und die damit verbundene Reduzierung auf die zwingend erforderlichen Leistungen der Architekten und Ingenieure berücksichtigt werden.

## **Fazit**

Die Bundesregierung ist jetzt aufgefordert, die aus dem EuGH-Urteil sich ergebenden Änderungen, also speziell die Anpassung der HOAI, schnell vorzunehmen. Gerade öffentliche Auftraggeber, aber auch Architekten und Ingenieure, brauchen bald Rechtssicherheit. Durch das EuGH-Urteil entstehen für öffentliche Auftraggeber auch in der Übergangsphase keine unlösbaren Probleme. Selbst wenn die konkreten Auswirkungen des EuGH-Urteils auf die Vergabeverfahren sowie die Planungs- und Baupraxis abzuwarten bleiben, ist es an den öffentlichen Auftraggebern, die neuen Spielräume verantwortungsvoll zu nutzen.

Dabei muss es trotz der verstärkt möglichen Berücksichtigung des Angebotspreises als Gestaltungskriterium gerade für öffentliche Auftraggeber Ziel sein, weiter eine hohe Qualität des Planens und damit auch des Bauens sicherzustellen. Hier gilt: Wer billig plant, baut teuer. Das Vergaberecht bietet öffentlichen Auftraggebern und Kommunen genügend Möglichkeiten, bei der Beauftragung von Architekten- und Ingenieurleistungen auch künftig qualitativ hochwertige Planungsleistungen zu erhalten.