

Aktueller Sachstand zur Addition von HOAI-Leistungen im Hinblick auf die vergaberechtlichen Schwellenwerte

Problemlage

Werden für einheitliche Objekte bzw. Bauwerke mehrere HOAI-Leistungen vergeben, stellt sich die Frage, ob diese für die vergaberechtlichen Schwellenwerte (derzeit 209.000 €) zusammenzurechnen sind.

Nach der bisherigen Anwendungspraxis war eine **Addition** nur vorzunehmen, soweit es sich um **Leistungen aus dem gleichen HOAI-Leistungsbild** handelte. Hinsichtlich dieser Praxis hat die Europäische Kommission (KOM) jedoch inzwischen europarechtliche Bedenken erhoben und ein **Vertragsverletzungsverfahren** gegen Deutschland. eingeleitet.

Ungeachtet dessen löst auch die **Neuregelung** des § 3 Abs. 7 S. 3 VgV **Zweifel** darüber aus, ob eine getrennte Betrachtung von Planungsleistungen unterschiedlicher HOAI-Leistungsbilder auch künftig möglich ist.

Rechtlicher Hintergrund

Grundsätzlich schreibt § 3 Abs. 1 VgV n.F. vor, dass für die Schwellenwerte stets auf den Gesamtwert der vorgesehen Leistungen abzustellen ist. Dabei ist bei Unterteilung in mehrere Lose gemäß § 3 Abs. 7 S. 1 VgV im Regelfall auch eine **Zusammenrechnung aller Lose** vorzunehmen.

Im Hinblick auf Planungsleistungen sind nach der alten, wie auch nach der neuen Fassung der VgV in § 3 Abs. 7 S. 3 „Sonderregelungen“ vorgesehen.

Nach der **alten Fassung** musste eine Zusammenrechnung nur erfolgen, soweit sich die (Teil-)Aufträge auf dieselbe freiberufliche Leistung bezogen. Aus dieser (inzwischen alten) Regelung wurde in der Vergangenheit gefolgert, dass eine Zusammenrechnung nicht erfolgen müsse, wenn die Leistungen aus **unterschiedlichen Leistungsbildern** nach der HOAI stammten (z.B. Gebäudeplanung; Landschaftsplanung; Planung der technischen Ausrüstung), weil es sich dann nicht um einen Teil „derselben Leistung“ handele (VK Südbayern, 16.05.2011 – Z3-3-3194-1-09-03/11; VK Nordbayern, 27.04.2005 - 320.VK - 3194 - 13/05; vgl. auch VK Schleswig-Holstein, 11.01.2006 – VK-SH 28/05). Von derselben Leistung sei dagegen auszugehen gewesen, wenn die (Teil-)Leistungen lediglich nach unterschiedlichen Leistungsphasen (z.B. Vorplanung, Entwurfs-, Genehmigungs- und Ausführungsplanung) eines einheitlichen Leistungsbildes unterteilt wurden.

Nach zwischenzeitlicher Streichung ist im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens in § 3 Abs. 7 VgV wiederum eine „**Sonderregelung**“ aufgenommen worden. Danach soll eine Addition bei Planungsleistungen nur erfolgen, soweit es sich um Lose über „**gleichartige Leistungen**“ handelt. Aus dieser Vorschrift wird teilweise gefolgert, dass die zur Vorgängerregelung entwickelte Handhabung wieder festgeschrieben worden sei (so etwa Portz, Bayerischer Gemeindetag 2016, 75, 79). Dies hätte zur Folge, dass eine Zusammenrechnung von Planungsleistungen weiterhin unterbleiben könnte, wenn sich diese auf **unterschiedliche HOAI-Leistungsbilder** beziehen.

Diese Auslegung erscheint jedoch nicht zwingend und ist in der Folge **umstritten**. Es lässt sich nämlich auch vertreten, dass durch § 3 Abs. 7 S. 3 VgV **keine Bevorzugung von Planungsleistung geschaffen** werden sollte, sondern auch für diese der allgemeine Grundsatz der Zusammenrechnung aller Leistungen gelte. Hierfür spricht insbesondere die Gesetzesbegründung, die § 3 Abs. 7 S. 3 VgV keine eigenständige Bedeutung, sondern lediglich klarstellenden Charakter zumisst. Angesichts der unterschiedlichen Auslegungsmöglichkeiten erscheint es möglich, dass sich die Vergabekammer und/oder die deutschen Gerichte mit Blick auf die Neuregelung von der bisherigen Praxis distanzieren und § 3 VgV n.F. künftig dergestalt auslegen, dass eine nach HOAI-Leistungsbildern getrennte Bestimmung des Auftragswerts unzulässig sei. **Bereits nach deutschem Recht** könnte somit eine **Zusammenrechnung von Planungsleistung** auch bei unterschiedlichen Leistungsbildern erforderlich sein.

Ungeachtet dessen könnte auch das **Europarecht** für eine **generelle Zusammenrechnung** sprechen, weil die RL 2014/24/EU keine diesbezügliche Sonderregelung für Planungsleistungen vorsieht, sondern eine generelle Addition verlangt. Die KOM hielt bereits die bisherige Praxis für europarechtswidrig und hat ein **Vertragsverletzungsverfahren** eingeleitet. In diesem Verfahren geht es um einen Fall, in dem mehrere Planungsleistungen bei der Sanierung eines Freibads (Objekt- und Tragwerksplanung sowie Planung der technischen Ausstattung) mangels Zusammenrechnung nicht den Schwellenwert erreicht hatten und deshalb nicht ausgeschrieben worden waren. In der von der KOM primär angeführten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 15.03.2012 (C 574/10) hatte der Gerichtshof eine Pflicht zur Zusammenrechnung getrennt beauftragter Planungsleistungen bejaht. Dabei waren die Architektenleistungen für die Sanierung einer Mehrzweckhalle nach Dringlichkeit in drei Abschnitte unterteilt (Dach, Tragwerk, Beleuchtung) und in unterschiedlichen Haushaltsjahren beauftragt worden. Auftragnehmer war für alle Planungsaufträge das gleiche Architektenbüro. Eine europaweite Ausschreibung unterblieb. Die Schwellenwerte wären nur bei Zusammenrechnung erreicht worden.

Der EuGH sah hierin einen Verstoß gegen die europarechtlichen Vergabevorschriften (insb. RL 2014/24/EU). Er verwies auf das **Aufteilungs- bzw. Umgehungsverbot** und stellte für

die Beurteilung der Einheitlichkeit der Leistung auf eine funktionale Betrachtungsweise ab. Ausschlaggebend sei, ob die Leistungen in Bezug auf ihre wirtschaftliche und technische Funktion einen einheitlichen Charakter aufwiesen, was im konkreten Fall bejaht wurde. Der EuGH hat in der Entscheidung auch explizit festgestellt, dass dem nicht entgegenstehe, dass sich die Planungsleistungen auf **unterschiedliche Gegenstände** (Dach, Tragwerk, Beleuchtung) bezogen hatten. Vielmehr habe es sich gleichwohl um **einheitliche Architektenleistungen mit demselben Inhalt** gehandelt, weil es jeweils „im Wesentlichen [um] die Konzeption und die Planung der vorzunehmenden Arbeiten sowie die Aufsicht über die Ausführung, und die Durchführung eines einheitlichen Bauvorhabens“ ging.

Die BReg verweist hingegen darauf, dass sich die verschiedenen Leistungsbilder nach der HOAI sowohl hinsichtlich der **Leistungsinhalte** als auch bezüglich der **Qualifikation der Planer** derart unterscheiden würden, dass nicht von einem einheitlichen Auftrag ausgegangen werden könne. Da sich die KOM dem nicht angeschlossen hat, ist damit zu rechnen, dass das **Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH fortgesetzt** wird und von diesem über die künftige Notwendigkeit einer Zusammenrechnung neu entschieden wird. Sollte es zu einer Entscheidung des EuGH kommen, ist nicht auszuschließen, dass dieser die **europarechtliche Unzulässigkeit** der bisherigen Praxis feststellt.

Soweit man unterstellt, dass eine nach HOAI-Leistungsbildern getrennte Ermittlung der Auftragswerte von Planungsleistungen nicht mit den europäischen Vorgaben vereinbar ist, ergeben sich auch im Vorfeld der Entscheidung des EuGH bereits europarechtliche Risiken für die bisher übliche Handhabung. Wenngleich europäische Richtlinien (wie die 2014/24/EU) im Grundsatz erst durch ihre Umsetzung in nationales Recht Geltung beanspruchen, gibt es mehrere Ausnahmekonstellationen, die dazu führen können, dass die europäischen Vorgaben auch **schon zuvor unmittelbare Wirkung entfalten**.

Neben einer nicht völlig auszuschließenden sog. unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlinie besteht das Risiko, dass die nicht den Anforderungen der RL 2014/24/EU entsprechende Vergabe möglicherweise als Verstoß gegen Art. 107 AEUV zu werten ist. Vor allem aber erscheint es nicht unwahrscheinlich, dass die **deutschen Gerichte** eine sog. **europarechtskonforme Auslegung** des § 3 Abs. 7 S. 3 VgV n.F. vornehmen. Das kann dazu führen, dass die Gerichte selbst dann davon ausgehen, dass eine getrennte Bewertung von Planungsleistungen unzulässig ist, wenn sie allein nach deutschem Recht eine andere Auffassung vertreten würden. Dies erscheint ohne weitere möglich, weil eine solche Trennung – wie bereits oben dargelegt – nicht explizit im Wortlaut des § 3 Abs. 7 VgV angelegt ist. Vielmehr sieht dieser nur vor, dass die Zusammenrechnung im Planungsbereich auf „gleichartige Leistungen“ beschränkt werden könne. Dies schließt eine Addition von HOAI-Leistungen – auch unterschiedlicher Leistungsbilder – nicht zwingend aus. Vor diesem Hintergrund könnte die Gerichte die im Europarecht nicht vorgesehene Privilegierung von

Planungsleistungen zum Anlass nehmen, um § 3 Abs. 7 S. 3 VgV europarechtskonform dahingehend auszulegen, dass auch **Leistungen aus unterschiedlichen HOAI-Leistungsbildern als „gleichartig“** zu qualifizieren sind. Im Ergebnis wäre hierdurch auch bereits im Vorfeld der Entscheidung des EuGH eine Zusammenrechnung aller Planungsleistungen (auch unterschiedlicher Leistungsbilder) nötig.

Fazit

Die derzeit geltende Rechtslage in Deutschland verlangt eine Zusammenrechnung von Planungsleistungen nur bei gleichartigen Leistungen. Ob sich daraus folgern lässt, dass Architekten- und Ingenieursleistungen aus **unterschiedlichen Leistungsbildern** nicht **addiert** werden müssten, ist bereits allein mit Blick auf das **deutsche Recht umstritten**.

Daneben könnte auch das **europäische Recht gegen eine getrennte Betrachtung** von Planungsleistungen aus unterschiedlichen HOAI-Leistungsbildern sprechen. Wegen des bereits eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahrens ist mittelfristig mit einer **EuGH-Entscheidung** zu rechnen. Zudem besteht die Gefahr, dass die **europäischen Vergaberechtsvorschriften** auch bereits im Vorfeld einer entsprechenden EuGH-Entscheidung **unmittelbare Wirkung** entfalten (z.B. durch unmittelbare Anwendbarkeit oder durch europarechtskonforme Auslegung).

Für Baumaßnahmen, die u.a. **aus europäischen Mitteln gefördert** werden, ist zusätzlich zu beachten, dass die **zuständigen Prüfbehörden** primär einen **europarechtlichen Maßstab** anlegen. Für deren Prüfung ist deshalb in erster Linie ausschlaggebend, ob die Vergabe in Einklang mit den europäischen Vorgaben erfolgt ist. Ob das deutsche Recht insoweit „Sonderregelungen“ für Planungsleistungen vorsieht oder nicht, ist für die Prüfbehörden somit zweitrangig. Dadurch besteht bei solchen Maßnahmen die **zusätzliche Gefahr**, dass ein **möglicher Verstoß gegen die europäischen Vorgaben** auf einem weiteren Weg zum Risiko wird.

Diese Risiken lassen sich nur vermeiden, indem für die schwellenwertbezogene Bestimmung des Auftragswerts **bereits zum jetzigen Zeitpunkt stets eine Zusammenrechnung aller HOAI-Leistungen** vorgenommen wird.