

## **HOAI Mindest- und Höchstsätze europarechtswidrig – Lösungsvorschläge aus Sicht der Praxis**

### **1. Veranlassung**

Am 04. Juli 2019 hat der Europäische Gerichtshof (Vierte Kammer) sein Urteil im Verfahren „*Vertragsverletzung – Dienstleistungen im Binnenmarkt – Richtlinie 2006/123/EG – Art. 15 – Art. 49 AEUV – Niederlassungsfreiheit – Honorare für Architekten und Ingenieure für Planungsleistungen – Mindest- und Höchstsätze*“ verkündet.

### **2. Ausgangssituation**

Die Mindest- und Höchstpreisregelungen in der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) verstoßen gegen die EU-Dienstleistungsrichtlinie. Für nicht EU-Rechtskonform erklärten die Richter ausschließlich die Mindest- und Höchstpreisregelungen der HOAI, nicht aber die Honorarordnung als Ganzes.

Die Entscheidung des Gerichtshofes ist nicht überraschend, allerdings ein Teil der Begründung.

Aus der Urteilbegründung lässt sich ablesen, dass die Richter sehr wohl anerkennen, „dass die Existenz von Mindestsätzen für die Planungsleistungen im Hinblick auf die Beschaffenheit des deutschen Marktes grundsätzlich dazu beitragen kann, eine hohe Qualität der Planungsleistung zu gewährleisten, und folglich dazu die von der Bundesrepublik Deutschland angestrebten Ziele zu erreichen“ (EU: C-377/17 Rn. 88). Problematisch ist in diesem Zusammenhang, dass die Bundesrepublik Deutschland sich inkohärent verhalten hat, „da die Planungsleistungen nicht bestimmten Berufsständen vorbehalten sind, die einer zwingenden berufs- oder kammerrechtlichen Aufsicht unterliegen und neben Architekten und Ingenieuren auch andere nicht reglementierte Dienstleistungsanbieter Planungsleistungen erbringen könnten“ (EU: C-377/17 Rn. 91).

Theoretisch bestehen somit zwei grundsätzlich unterschiedliche Handlungsoptionen für den Gesetzgeber, auf dieses Urteil zu reagieren. Der Gesetzgeber könnte einerseits die HOAI beibehalten und ergänzend festlegen, dass Planungsleistungen bestimmten Berufsständen vorbehalten seien. Anderenfalls könnte er die die Mindest- und Höchstsätze der HOAI als bindendes Preisrecht aufheben.

### **3. Ergänzung der Mindestsätze durch Vorbehalt für bestimmte Berufsgruppen**

Im Sinne des Verbraucherschutzes und um die Qualität der Planungsleistung im Hinblick auf die Beschaffenheit des deutschen Marktes zu gewährleisten, wäre durch den Gesetzgeber zu regeln, dass Planungsleistungen bestimmten Berufsständen, die einer zwingenden berufs- oder kammerrechtlichen Aufsicht unterliegen (Architekten und Ingenieure), vorbehalten werden. Die HOAI mit verbindlichen Mindest- und Höchstsätzen würde in diesem Fall nahezu unverändert, ab in Kraft treten der Regelungen, anzuwenden sein.

#### 4. Entfall der Verbindlichkeit von Mindest- und Höchstsätzen

Entscheidet sich der Gesetzgeber, die Mindest- und Höchstsätze der HOAI als bindendes Preisrecht aufzuheben, ergeben sich hieraus für die Marktteilnehmer erhebliche Veränderungen. Auf die Vergabe, Vertragsgestaltung und Vergütung von Ingenieurleistungen hat ein möglicher Wegfall der verbindlichen Mindest- und Höchstsätze der HOAI folgende mittelbare Auswirkungen:

.. Es bleibt unverändert dabei, dass Ingenieurleistungen nach VgV (§§73 ff.) in der Regel im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb oder im wettbewerblichen Dialog vergeben werden. Alle anderen Verfahrensarten sind grundsätzlich weiterhin zulässig, dem Nachweis der Angemessenheit des Honorars wird aber die verbindliche Grundlage entzogen.

..Mit Wegfall eines verbindlichen Preisrechts wird sicherlich ein verschärfter Preiswettbewerb eröffnet. Hier ist zu beachten, dass auch nach Wegfall der HOAI als bindendes Preisrecht die Vorgabe in §76 VgV einzuhalten ist, Ingenieurleistungen im Leistungswettbewerb zu vergeben.

Der Preis kann und darf also auch künftig nicht alleiniges oder entscheidendes Vergabekriterium sein!

.. Mit Wegfall eines verbindlichen Preisrechts ist die Preisbildung einzelvertraglich zu regeln. Ebenso sind Vertragsanpassungen wegen zusätzlicher Leistungen oder Änderungen des Planungsziels und/oder –umfangs (Leistungsinhalt) einzelvertraglich zu regeln, da der Mechanismus der HOAI zur Bestimmung geänderter Honorare nicht vereinbart ist.

.. Häufig kann bei Auftragsvergabe das Leistungssoll des Ingenieurs aufgrund fehlender Planung nicht oder nicht abschließend beschrieben werden und somit auch nicht bepreist werden.

Folgende Aspekte wären in diesem Fall zu berücksichtigen:

- Unauskömmliche Preise können im Hinblick auf einen soliden Qualitätsstandard und Planungsablauf nicht im Interesse des Verbraucherschutzes und eines nachhaltig agierenden Auftraggebers sein.
- Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb (unterhalb der Schwellenwerte) müssen - durch ein anerkanntes Regelwerk zur Bestimmung eines angemessenen Honorars - weiterhin ermöglicht werden.
- Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb (oberhalb der Schwellenwerte) sollen im Sinne der VgV über einen eindeutigen Leistungswettbewerb vergeben werden. Um den Einfluss des Preises bei der Vergabe – wie vom Ordnungsgeber beabsichtigt – nicht maßgeblich entscheidend werden zu lassen, müssen zusätzliche Verfahrensrandbedingungen eingeführt werden.
- Im Interesse beider Vertragspartner sollte bei Vertragsabschluss ein Verfahren vereinbart werden, mit dem Vertragsanpassungen, insbesondere Änderungen des Planungsziels und/oder –umfangs geregelt werden. Anderenfalls kann es passieren, dass bei Veränderungen der Planungsrandbedingungen während des Planungsprozesses die Vertragsgrundlage verändert wird und ein neuer Vertrag auszuhandeln wäre, so dass ein vermeintlich preiswert vergebener Planungsauftrag während des Planungsprozesses sich hiervon erheblich abweichend entwickelt.

Für die Marktteilnehmer ergeben sich hieraus folgende Überlegungen:

#### 4.1

Die Angemessenheit eines Preises für Ingenieurleistungen zu bewerten, ist ohne ein offengelegtes Bewertungsschema kaum durchführbar. Für Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb (unterhalb der Schwellenwerte) ist somit die Vergabe auf Grundlage transparent ermittelter angemessener Preise unabdingbar, und dies in Verbindung mit einer Wertung zu Über- oder Unterschreitung.

Für diese Fälle bietet es sich für eine Vergabestelle an, den angemessenen Preis z.B. über die HOAI als Vergleichswert zu bestimmen (und offen zu legen). Durch ein Punktesystem sind hiervon nach oben oder unten abweichende Preise zu bewerten. Die Vergabestelle erreicht hierdurch eine Auskömmlichkeit der Vergütung und Rechtssicherheit in der Vergabe.

Ein derartiges Regelwerk – u.U. auch Teile der derzeitigen HOAI - kann durch eine Verpflichtungserklärung der Auftraggeber der öffentlichen Hand als gemeinsame Grundlage zur Ermittlung angemessener Honorare von Ingenieurleistungen anerkannt werden.

#### 4.2

Der Leistungswettbewerb (oberhalb der Schwellenwerte) kann durch 2-Umschlagverfahren, Ausschluss von Bietern bei extrem abweichender Preisfindung, Regelwerk zur Bestimmung eines angemessenen Honorars etc., verbindlich vereinbart werden und in die VgV als Ergänzung aufgenommen werden.

Das 2-Umschlagverfahren ist bei internationalen Vergabeverfahren, insbesondere bei internationalen Finanzierungsinstituten, seit vielen Jahren Standard. Hierbei enthält der erste Umschlag den Vorschlag für die technische Lösung des ausgeschriebenen Projektes, der separate zweite Umschlag das Honorarangebot. Erst nach abschließender Bewertung der technischen Angebote nach einem vorgegebenen Verfahren, werden die dazugehörigen Preisangebote geöffnet. Nach einem transparent nachvollziehbaren Bewertungsschlüssel werden technische Lösung und Preisangebot gewichtet.

Damit wird zuverlässig die beste technisch-wirtschaftliche und nicht die vordergründig billigste Lösung berücksichtigt.

#### 4.3

Grundsätzlich bleibt es unbenommen, die HOAI – ohne den Mindestpreischarakter - als Vertragsgrundlage zu vereinbaren. Selbstverständlich besteht die Möglichkeit, Pauschalverträge abzuschließen, die hinsichtlich der Honorierung keinen Bezug auf die HOAI nehmen. In diesen Fällen sollten aber die Vertragsparteien bei Vertragsschluss ein feststehendes Verfahren zur Vertragsanpassung einschließlich Preisfindung vereinbaren. Für den Pauschalpreis des Angebotes wird die Abweichung zur HOAI ermittelt. Der Abweichungswert wird festgestellt und die Preisangpassung entsprechend HOAI vereinbart.