

„2. Marburger Erklärung“

zum EuGH-Urteil zur HOAI vom 04.07.2019 und den Konsequenzen für die Vergabe freiberuflicher Leistungen

Architekten und Ingenieurverein (AIV) Marburg e.V. vom 02.09.2019

1. Freiberuflich tätige Architekten und Ingenieure sowie Dienstleister erbringen in Deutschland vergleichbare Planungsleistungen auf Grundlage unterschiedlicher Qualifikationen. Daher muss die HOAI geändert werden.
2. Die HOAI 2.0 gilt nur noch für Inhaber einer „großen Bauvorlageberechtigung“ oder einer „Nachweisberechtigung“.
3. Im Übergang regelt die Wertungsmatrix der Vergabe den Zuschlag über den Leistungswettbewerb.

1. Vorbemerkungen

Als im Jahr 1976 die erste Fassung der HOAI im Rahmen einer Verordnung veröffentlicht wurde, schlossen freiberuflich tätige Architekten und Ingenieure und insbesondere die öffentliche Hand gemeinsam einen Vertrag. Diese Freiberufler stellen den Bauherren ihre unabhängige Kompetenz zur Verfügung. Sie müssen in beruflichen Kammern organisiert sein und sich deren Berufsethos verpflichten. Sie müssen sich in ausreichender Höhe haftpflichtversichern und über das Werksvertragsrecht alles tun, um die Planungsaufgabe zum Erfolg zu führen. Als Gegenleistung dafür sichert Ihnen die öffentliche Hand auskömmliche Honorare zu. Beide Seiten, die Aufgaben der Freiberufler, wie auch die Honorare wurden in der HOAI festgelegt.

Das ausgezeichnet funktionierende System des Preisrechts wird jedoch durch die Europäische Kommission konsequent missverstanden. Freiberufler werden dort mit Dienstleistern gleichgesetzt. Die fatalen Folgen aus diesem Missverständnis, dem auch das Hessische Vergabe- und Tariftreuegesetz (HVTG) unterliegt, haben wir in der „Marburger Erklärung“ vom 08.06.2017 bereits umfangreich dargelegt.

Folgerichtig in ihrem Sinne erhob die Europäische Kommission Klage gegen die Bundesregierung, mit der Begründung, dass das Preisrecht der HOAI der europäischen Dienstleistungsrichtlinie widerspreche. Die Bundesregierung hingegen steht zur HOAI.

Am 04.07.2019 verkündete das EuGH das Urteil. Hierin werden die Vorwürfe der Kommission dezidiert gegenüber der Meinung der Bundesregierung abgewogen und zu jedem Vorwurf wird eine Entscheidung getroffen. Nach umfangreicher Würdigung der Sachverhalte gab schlussendlich ein entscheidender Punkt den Ausschlag und der Europäischen Kommission wurde Recht gegeben.

2. Das EuGH-Urteil und seine Begründung

Der EuGH folgt der Europäischen Kommission insoweit, indem er anerkennt, dass die Mindest- und Höchstsätze der HOAI unter die Dienstleistungsrichtlinie fallen [Rg.66]. Um mit der Dienstleistungsrichtlinie vereinbar zu sein, müssen die Mindest- und Höchstsätze

- keine Diskriminierung darstellen,
- dem Allgemeininteresse dienen und
- verhältnismäßig sein [Rg.67].

Eine Diskriminierung ausländischer Freiberufler liege nicht vor [Rg.68] und die Qualität der Planungsleistungen, der Verbraucherschutz, der Erhalts der Baukultur und des ökologischen Bauens werden als Allgemeinwohl anerkannt [Rg.69-72].

Der EuGH erkennt an, dass es sinnvoll sein kann, Mindestpreise für eine Dienstleistung festzusetzen. Gerade in einem Markt, der von einer ausgesprochen großen Anzahl an Büros gekennzeichnet sei und in dem die Anbieter einen großen Informationsvorsprung gegenüber Ihren Kunden besäßen. So könne es sonst sehr wohl dazu kommen, dass ein Konkurrenzkampf zu Billigangeboten führe, was einen Verfall der Qualität zur Folge hätte. [Rg.78-82]

Der EuGH schreibt explizit in Rg.88, dass die Existenz von Mindestsätzen für die Planungsleistungen im Hinblick auf die Beschaffenheit des deutschen Marktes grundsätzlich dazu beitragen kann, eine hohe Qualität der Planungsleistungen zu gewährleisten.

Hierzu sei es jedoch nötig, dass alle Planer in das System mit eingebunden sind. In Deutschland gebe es jedoch auch Dienstleistungserbringer von Planungsleistungen, die nicht ihre entsprechende fachliche Eignung nachgewiesen haben und nicht der HOAI unterliegen. Mindestsätze und Mindeststandards seien miteinander verknüpft, um die Qualität zu sichern [Rg.92].

Daher seien Mindestsätze (augenscheinlich) nicht geeignet, um die hohe Qualität der Planungsleistung zu gewährleisten und den Verbraucherschutz sicherzustellen [Rg.93], da sich einige Planer nicht an sie gebunden fühlen. Höchstsätze festzusetzen hält der EuGH ebenso für nicht geeignet, da Richtpreise die gleiche Information für den Kunden haben könnten, jedoch verhältnismäßiger seien [Rg.95]

Die Bundesrepublik Deutschland muss nun auf das Urteil reagieren. Da sie vor Gericht vehement die HOAI verteidigt hat, ist davon auszugehen, dass die HOAI weiterhin bestehen bleibt. Gerade die Leistungsinhalte haben sich ja hervorragend bewährt. Für den Umgang mit dem Preisrecht ergeben sich nun verschiedene Möglichkeiten, die bis in das Vergaberecht hineinreichen.

3. Anpassung der HOAI

Wie oben ausgeführt, ist der maßgebende Kritikpunkt des EuGH, dass es Dienstleistungserbringer von Planungsleistungen gibt, die nicht ihre entsprechende fachliche Eignung nachgewiesen haben. Wer sind diese Dienstleister?

Hier hilft ein Blick in die Hessische Bauordnung (HBO 2018). Um einen Bauantrag einzureichen, muss diese Person bauvorlageberechtigt sein (HBO §67). Bauvorlageberechtigt sind

- Architekten,
- bauvorlageberechtigte Ingenieure,
- Innenarchitekten und
- Bedienstete des öffentlichen Dienstes unter besonderen Bedingungen.

Hier spricht man umgangssprachlich von der „großen Bauvorlageberechtigung“

Bauvorlageberechtigt für

- Gebäude bis 200 m² Wohnfläche und maximal 2 Wohneinheiten,
- eingeschossige gewerbliche Gebäude bis 200 m² Grundfläche
- landwirtschaftliche Gebäude bis 200 m² Grundfläche und
- Garagen bis 200 m² Grundfläche

Sind aber auch

- Meister im Maurer- und Betonbauer- oder Zimmererhandwerk,
- staatlich geprüfte Techniker der Fachrichtung Bautechnik.
- Architekten, Ingenieure und Innenarchitekten ohne Bauvorlageberechtigung und ohne Berufspraxis.

Dieser Personenkreis besitzt umgangssprachlich die „kleine Bauvorlageberechtigung“

Für die große Bauvorlagenberechtigung muss man in der Ingenieur- oder Architektenkammer eingetragen sein, und sich deren Regularien unterwerfen. Für diese Gruppe der Freiberufler ist die HOAI verbindliches Recht.

Im Rahmen der kleinen Bauvorlageberechtigung greift keine Kammerzugehörigkeit. Diese Personen sind entweder Handwerker, Techniker oder ausgebildete Ingenieure und Architekten / Innenarchitekten. Alles keine freiberuflich tätigen Architekten und Ingenieure und damit Dienstleister im Sinne des EuGH, die sich nicht an die HOAI halten müssen und in der Praxis bei den kleinen Bauvorhaben auch nicht daran halten.

Ganz deutlich wird dies in HBO §67 Abs.5, in dem die Pflichten der Personen mit großer Bauvorlageberechtigung aufgezählt werden. Für Personen mit kleiner Bauvorlageberechtigung wird dies nicht gefordert.

Es ist klarzustellen, dass Planungen von Bauvorhaben, die mit der kleinen Bauvorlageberechtigung geplant werden dürfen, nicht der HOAI unterliegen, denn hier erbringen Freiberufler und Dienstleister die gleichen Planungsaufgaben. Für Bauvorhaben, für die die große Bauvorlagenberechtigung benötigt wird, gilt die HOAI. Hierbei dürfen nämlich nur Freiberufler planen.

Für die Fachplaner wird ein ähnlicher Weg beschritten. § 68 regelt die bautechnischen Nachweise, die zur Erlangung einer Baugenehmigung erforderlich sind Dies sind:

- Nachweise für die Standsicherheit incl. der Nachweise zum baulichen Brandschutz
- Nachweise zum vorbeugenden Brandschutz
- Nachweise zum Schallschutz
- Nachweise zum Wärmeschutz sowie
- Nachweise für Energieerzeugungsanlagen

§ 68, Abs. 3 regelt für die Tragwerksplanung Bauvorhaben, die durch Sachverständige geprüft werden müssen.

- baulichen Anlagen mit Tragwerken von überdurchschnittlichem oder höherem Schwierigkeitsgrad
- sonstigen baulichen Anlagen mit einer Höhe von mehr als 10 m,
- Bauvorhaben mit besonderen Verhältnissen des Baugrundes, des Grundwassers oder der Belastung sowie bei der Verwendung besonderer Baustoffe,
- Gebäuden der Gebäudeklassen 4 und 5.

Es ist klarzustellen, dass die Tragwerksplanung von diesen Bauvorhaben, nur Personen durchführen dürfen, die die Nachweisberechtigung besitzen und damit Freiberufler sind. Für Nachweisberechtigte gilt die HOAI, da Dienstleister diese dann nicht planen dürfen. Diese Dienstleister besitzen eine „kleine Nachweisberechtigung“ und dürfen alle Bauvorhaben planen, die geringeren Kriterien als nach §68, Abs. 3 entsprechen. Zusätzlich müssen diese Planungen der Dienstleister geprüft werden, während Nachweisberechtigte keine Prüfung benötigen. Dieses Vorgehen entspricht auch der realen Praxis, wird jedoch bisher nicht in den Landesbauordnungen konkretisiert.

§ 68, Abs. 4 regelt für den vorbeugenden Brandschutz die Bauvorhaben, die durch Sachverständige geprüft werden müssen (Gebäudeklasse 5) und diejenigen, die durch Nachweisberechtigte aufgestellt werden dürfen (Gebäudeklasse 4) und keiner Prüfung bedürfen.

Es ist klarzustellen, dass der vorbeugende Brandschutz von Gebäuden der Gebäudeklasse 4 und 5, nur von Personen nachgewiesen werden darf, die die Nachweisberechtigung besitzen und damit Freiberufler sind. Für Nachweisberechtigte gilt im vorbeugenden Brandschutz die HOAI, da Dienstleister diese dann nicht planen dürfen. Für die Gebäudeklassen 1 bis 3 kann der vorbeugende Brandschutz auch von Dienstleistern erbracht werden. Hier gilt die HOAI nicht.

§ 68, Abs. 5 regelt die Nachweisführung des Wärme- und Schallschutzes. Hier sind grundsätzlich nur Nachweisberechtigte zugelassen. Da auch hier die Nachweisberechtigung über die Kammer vergeben wird, sind diese Nachweisberechtigten alle Freiberufler und für diese gilt die HOAI. Dienstleister gibt es in diesem Bereich nicht. Bei der Neuordnung der HOAI sollten daher auch die bauphysikalischen Planungen in den verbindlichen Teil der HOAI zurückgeführt werden.

Für alle anderen Fachplaner lässt sich ein ähnlicher Weg einschlagen. Entweder man ist nachweisberechtigt und dann gilt die HOAI oder man ist Dienstleister und dann darf man auf geringem Niveau in klar gezogenen Grenzen planen und die Preise frei verhandeln.

Um die HOAI zum Urteil des EuGHs rechtskonform zu gestalten, müssen drei Änderungen umgesetzt werden:

1. Die Landesbauordnungen müssen wie beim Wärme- und Schallschutz klarstellen, welche Bauvorhaben nur von akkreditierten Fachplanern (Nachweisberechtigten) durchgeführt werden dürfen.
2. in der Textform der HOAI 2.0 muss klar zum Ausdruck gebracht werden, dass das Preisrecht nur für Architekten und Ingenieure gilt, die die große Bauvorlagenberechtigung besitzen und nur für Ingenieure, die nachweisberechtigt sind.

3. Um die Forderung des EuGH umzusetzen, werden in der HOAI 2.0 nur noch verbindliche Mindestpreise und Richtpreise zu den Höchstpreisen in den Honorartabellen angegeben. Diese sind auf wissenschaftlichen Grundlagen jährlich anzupassen.

Diese Regelungen führen in der Folge dazu, dass Bauvorhaben, die in der Planung die große Bauvorlageberechtigung erfordern nur noch von Architekten und Ingenieuren mit großer Bauvorlageberechtigung geplant werden können. Dies entspricht den derzeitigen Regelungen. Die bautechnischen Nachweise für Bauwerke nach §68 (3)-(4) dürften nur noch von nachweisberechtigten Ingenieuren erstellt werden. Somit ist eine Mindestqualifikation durch die Anerkennung der Architekten- bzw. Ingenieurkammer sichergestellt. Diese Mindestqualifikation ist nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs erforderlich, um die Festsetzung eines Mindesthonorars zu rechtfertigen.

Die Anpassung der HOAI, der Musterbauordnung und der Bauordnungen von 16 Bundesländern wird einige Zeit in Anspruch nehmen. Bis dahin muss jedoch eine Regelung in Form einer vorübergehenden Verordnung gefunden werden, um den Forderungen des EuGH gerecht zu werden.

4. Verordnung für den Übergang zur Neuregelung der HOAI

In einer ersten Reaktion auf das EuGH-Urteil hat die Bundesrepublik Deutschland eine Verordnung herausgegeben, in der die Möglichkeit eingeräumt wird im Rahmen der HOAI auf das Grundhonorar einen Zuschlag oder einen Abschlag zu vereinbaren.

Hiermit hat der Bund klargestellt, dass er an der HOAI festhalten möchte. Gleichzeitig hat er die Forderungen des EuGH aufgegriffen und Mindest- und Höchstpreise der HOAI verhandelbar gestaltet.

Im Weiteren kommt es auf die konkrete Ausgestaltung der Vergaben an. Hier können die einzelnen Kommunen, die einzelnen Landkreise und auch die Landesbetriebe steuern, welche Auswirkungen diese Verordnung auf den Berufsstand der Freiberufler entfaltet.

4.1 Vergabe im Preiswettbewerb

Wird allein das Honorar zur entscheidenden Größe für den Zuschlag, ergeben sich große Verwerfungen.

Die Abschaffung des Preisrechts in Großbritannien führte 1987 zu einem starken Wettbewerbsdruck mit einem Unterbieten der bisher üblichen Honorare um bis zu 80%. Nach Auskunft des Dachverbandes der Beratenden Ingenieure Association of Consulting Engineers ist seit der Abschaffung der Honorarordnung das durchschnittliche Architektenhonorar erheblich gefallen und gleichzeitig hat sich die Qualität der erbrachten Planleistungen deutlich verschlechtert.

Gibt es wie im Bereich der Architektur eine Überkapazität von Büros auf dem Markt, werden auch hier die Honorare fallen. Fallen diese zu stark, werden immer weniger und immer weniger exzellente Architekturbüros am Wettbewerb teilnehmen. Um mit dem Honorar auszukommen, müssen die Büros die Leistung vermindern und die erste Planungslösung wird umgesetzt werden müssen. Zeit für weitergehende Überlegungen ist durch den Preis nicht abgedeckt. Wie in den Staaten der europäischen Union ohne Honorarordnung zu sehen, wird

die Anzahl der Architekturbüros nicht sinken, so dass der Konkurrenzdruck bestehen bleibt. Schlechte Zeiten für den Architekten.

Bei den Planungsbüros der Haustechnik gibt es bereits jetzt sehr knappe Kapazitäten. Hier ist sofort mit stark steigenden Honoraren zu rechnen. Bei kleineren Projekten und für kleiner Kommunen ist die Gefahr groß, dass sich gar keine Planer mehr bewerben. Steigende Honorare werden aber nicht zur Kapazitätsausweitung führen, da es einen gravierenden Fachkräftemangel in diesem Fachgebiet gibt. Neu gegründete Büros werden bei der öffentlichen Hand nicht anbieten können, da bei der Vergabe Akkreditierungen, Referenzen und eine ausreichende Bürogröße zu Beginn nicht nachgewiesen werden können. Da Höchst Honorare nicht mehr gelten, ist der Preis nach oben offen. Goldene Zeiten für Haustechnikplaner.

Unabhängig von der Honorargestaltung wird es durch die einseitige Vertragsänderung der öffentlichen Hand immer mehr Büros geben, die aufgrund ihres Berufsethos nicht mehr an den Vergabeverfahren teilnehmen werden. Diese Reduzierung der möglichen Büros konnte schon durch die Eingliederung der Freiberufler in das HVTG beobachtet werden. Durch die Vergabepraxis geht der Trend zu größeren Büros. Planer müssen künftig auch für kleine Projekte deutschlandweit gesucht werden und immer mehr Aufgaben werden nicht vergeben werden können.

Das ist nicht der Weg, den sich der Europäische Gerichtshof für die Freiberufler in Deutschland vorgestellt hat. Er weist explizit darauf hin, dass gerade in einem Markt, der von einer ausgesprochen großen Anzahl an Büros gekennzeichnet sei und in dem die Anbieter einen großen Informationsvorsprung gegenüber Ihren Kunden besäßen, es dazu kommen könnte, dass ein Konkurrenzkampf zu Billigangeboten führe, was einen Verfall der Qualität zur Folge hätte. [EuGH-Urteil Rg.78-82]

4.2 Vergabe im Leistungswettbewerb

Das Ziel des Sachbearbeiters eines öffentlichen Bauprojektes ist es immer, ein qualifiziertes Planerteam zusammen zu stellen. Er muss zusammen mit seinen Kollegen in die Lage versetzt werden, die Planer auszuwählen. Wie wir schon gesehen haben, ist das Honorar alleine kein guter Indikator für eine zukünftige exzellente Zusammenarbeit.

Bei Projekten mit Honorarsummen über 50.000,- € sieht das HVTG eine zweigeteilte Vergabe vor. Im ersten Schritt werden Büros aufgefordert, sich entsprechend ihrer Leistungsfähigkeit zu präsentieren. Im Interessenbekundungsverfahren werden neben der personellen Ausstattung, den Jahresumsätzen, den Akkreditierungen auch Referenzprojekte abgefragt. Diese werden bewertet und eine begrenzte Anzahl von Büros wird zur Abgabe eines Honorarangebotes aufgefordert und zur persönlichen Vorstellung eingeladen. In wie weit sich der nicht unerhebliche Aufwand einer Bewerbung für den Planer lohnt, lässt sich anhand der beigefügten Bewertungsmatrix errechnen, die die Kriterien mit Prozentpunkten versieht. Wird hier schon deutlich, dass auf das billigste Honorarangebot die größten Prozentpunkte entfallen, werden sich gute und ausgelastete Büros nicht am Wettbewerb beteiligen.

Die Lösung liegt im Leistungswettbewerb unter den Planungsbüros. Hierzu müssen die Leistungspunkte aus dem Interessenbekundungsverfahren in die Bewertungsmatrix der zweiten Verhandlungsstufe mit einfließen. Ist der spätere Projektleiter bereits positiv bekannt, ist diesem Umstand ein besonderes Gewicht beizumessen. Hierzu dient auch der persönliche Eindruck aus der Präsentation von noch unbekanntem Planern. Durch die direkte

Abfrage von Bauherren der Referenzprojekte aus dem Interessenbekundungsverfahren kann dieser Eindruck verifiziert werden. Zu- und Abschläge auf das Grundhonorar müssen so bewertet werden, dass sie eine untergeordnete Bedeutung gegenüber den Leistungsaspekten besitzen.

Diese Vorgehensweise wird in der Vergabeverordnung unter §58, Abs. 2 ausdrücklich hervorgehoben. Hier wird festgelegt, dass die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes auf Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses zu erfolgen hat. Neben dem Preis können auch qualitative Zuschlagskriterien, insbesondere die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit dem Auftrag betrauten Personals berücksichtigt werden, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann. Dieser Umstand ist bei freiberuflichen Planern auf jeden Fall vorhanden.

Um dem Leistungswettbewerb noch mehr Gewicht zuzumessen gibt die Vergabeverordnung in §58, Abs. 2 vor, dass der öffentliche Auftraggeber auch Festpreise oder Festkosten vorgeben kann, sodass das wirtschaftlichste Angebot ausschließlich nach qualitativen, umweltbezogenen oder sozialen Zuschlagskriterien bestimmt wird. Hierbei führen Zu- und Abschläge auf das Grundhonorar gar nicht zu veränderten Bewertungspunkten in der Bewertungsmatrix.

Mit diesem Verfahren kann jede Dienststelle selbst steuern, wie sie die Vergabe ausgestalten möchte. Aufgrund der Transparenz der Bewertungsmatrix kann sich jeder Planer im Vorfeld überlegen, ob er sich am Wettbewerb beteiligt. Am Ende entscheidet der Sachbearbeiter zusammen mit seinen Kollegen, mit welchem Planungsbüro er vertrauensvoll zusammenarbeiten möchte. Das Honorar sollte hierbei keine oder nur eine untergeordnete Rolle spielen.

Für den Architekten- und Ingenieurverein Marburg e.V.

Dr.-Ing. Marc Böttcher

1. Vorsitzender des AIV Marburg

Anlagen:

- [1] „Marburger Erklärung“ zum Vergabeverfahren freiberuflicher Leistungen für öffentliche Aufträge im Unterschwellenbereich, Architekten und Ingenieurverein (AIV) Marburg e.V. vom 08.06.2017
- [2] EuGH-Urteil vom 04.07.2019, Rechtssache C-377/17, „Vertragsverletzung – Dienstleistungen im Binnenmarkt – Richtlinie 2006/123/EG – Art. 15 – Art. 49 AEUV – Niederlassungsfreiheit – Honorare für Architekten und Ingenieure für Planungsleistungen – Mindest- und Höchstsätze“
- [3] Hessische Bauordnung (HBO) 2018
- [4] Erlass des BMI vom 05.08.2019 zur Anwendung der HOAI aufgrund des EuGH-Urteils vom 04.07.2019
- [5] Vergabeverordnung (Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen) vom 18.04.2016 incl. Der Änderungen vom 18.07.2019