

schaften und Vereine, Wissenschaftsförderung),

- Entsorgung (Straßenreinigung, Abfall- und Abwasserbeseitigung),
- Bauwesen und Wohnungswirtschaft (Stadtplanung, Stadtentwicklung, Wohnungsunternehmen, soweit im Allgemeininteresse tätig, Wohnraumvermittlung),
- Wirtschaft (Wirtschaftsförderungsgesellschaften),
- Friedhofs- und Bestattungswesen,
- Zusammenarbeit mit den Entwicklungsländern (Finanzierung, technische Zusammenarbeit, Entwicklungshilfe, Ausbildung).

Unabhängig von dieser Auflistung von Tätigkeitsfeldern (Regelbeispiele) ist der Begriff der Erfüllung von im **Allgemeininteresse liegenden Aufgaben** zu bestimmen. Eine gesetzliche Definition fehlt. Allerdings hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) diesen Begriff ausgefüllt und geht „von einem weiten Verständnis“ aus.

Aufgaben im Allgemeininteresse sind danach Aufgaben, die hoheitliche Befugnisse und damit Aufgaben betreffen, die der Staat aus Gründen des Allgemeininteresses selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte. Dies ist der Fall, wenn diese Aufgaben eng mit der öffentlichen Ordnung und dem institutionellen Funktionieren des Staates verknüpft sind und nach einer Versorgungsgarantie verlangen. Eine Aufgabe liegt im Allgemeininteresse, wenn originär staatliche Hoheitsaufgaben erfüllt werden oder der Bereich der Daseinsvorsorge betroffen ist

In den oben genannten Regelbeispielen ergibt sich eine Vermutung dafür, dass hier im Allgemeininteresse liegende Aufgaben verwirklicht werden.

„Nichtgewerblichkeit“

Nicht alle im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben, die von öffentlich beherrschten Unternehmen verfolgt werden, begründen die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber.

Erforderlich ist weiter, dass es sich um solche nicht gewerblicher Art handelt. Eine staatlich beherrschte oder finanzierte Einheit, die im Allgemeininteresse liegende Aufgaben wahrnimmt, die jedoch „gewerblicher Art“ sind, ist demnach kein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB.

Auch für den Begriff der „Nichtgewerblichkeit“ fehlt es an einer gesetzlichen Definition. Jedoch lässt sich aus der

Rechtsprechung entnehmen, dass die Nichtgewerblichkeit meint, dass der Auftraggeber von Marktmechanismen entkoppelt ist. Hier wird dann auf Indizien abgestellt, z.B.

- ein fehlendes Insolvenzrisiko,
- das Fehlen von Wettbewerb auf dem relevanten Markt bzw. dessen Beschränkung,
- das Fehlen einer vordergründigen Gewinnerzielungsabsicht,
- das Fehlen bzw. die Einschränkung der Übernahme der mit der Tätigkeit verbundenen Risiken oder
- die ganz oder überwiegend aus öffentlichen Mitteln erfolgende Finanzierung der Aufgabenerfüllung.

Maßgeblich für diese Gesamtbewertung ist somit, ob das betreffende Unternehmen die Vergabeentscheidung nach anderen als rein wirtschaftlichen Kriterien trifft.

Folgende Tätigkeiten wurden in der Rechtsprechung als nicht gewerblicher Art festgestellt:

- Bestimmte Tätigkeiten einer Kreisklinik,
- Betrieb einer städtischen Krankenhausgesellschaft,
- Betrieb des ÖPNV,
- Kranken(haus-)versorgung der Bevölkerung,
- Krankenversorgung durch Universitätskliniken,
- Leistungserbringung/Tätigkeiten der gesetzlichen Krankenkassen,

- Tätigkeiten der gesetzlichen Unfallversicherung,
- Tätigkeiten einer Ärztekammer,
- Verwaltung und Verwertung von Liegenschaften der Treuhandanstalt,
- DB Netz AG,
- Messengesellschaften,
- Kommunale Wohnungsbaugesellschaften, aber auch
- Handwerkskammern.

Fazit

Die öffentlich beherrschten juristischen Personen des Privatrechts erfüllen in der Regel im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art.

Indizielle Wirkung haben die kommunalverfassungsrechtlichen Regeln zur wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen in den jeweiligen Gemeindeordnungen, denn diese stimmen mit dem europäischen Begriff der im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe weitgehend überein.

Keine Bedeutung für die Frage der Gewerblichkeit hat das wettbewerbliche Umfeld oder die Frage der Gemeinnützigkeit und damit fehlenden Gewinnerzielungsabsicht. Denn Ersteres wie etwa bei Wohnungsbaununternehmen schließt die Verfolgung allgemeinwohlorientierter Zwecke nicht aus und Letzteres ist nur eine Frage des Steuerrechts.

Im Ergebnis ist im Zweifelsfall eine öffentliche Auftraggeberschaft anzunehmen.

Mehrere Objekte, eine Abrechnung?

Zur Regelung des § 11 Abs. 2 HOAI



Dipl.-Ing. Ulrich Welter, ö.b.u.v. Sachverständiger für Honorare nach HOAI, *inside*® Büsum

Nach den Vorschriften der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) sind mehrere Objekte stets getrennt abzurechnen. Dies gilt dann nicht, wenn die Bedingungen des § 11 Abs. 2 HOAI erfüllt sind. Eine Aufklärung.

Das Problem

Beauftragt ein Auftraggeber einen Auftragnehmer mit Planungsleistungen für mehrere Objekte, kommt es zu unterschiedlichen Auffassungen zur Anwendung des § 11 Abs. 2 HOAI. Dabei spielt

insbesondere die Frage eine Rolle, ob weitgehend vergleichbare Planungsbedingungen vorliegen. Während der Auftraggeber dies bejaht, will der Auftragnehmer dadurch entstehende Honorar einbußen vermeiden.



Die Vorschrift

Zunächst ist festzustellen, dass sämtliche Vorschriften der HOAI immer nur für ein Objekt gelten. Einzige Ausnahme hiervon bildet der § 11 HOAI. Er lautet:

§ 11 Auftrag für mehrere Objekte

„(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) 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 Prozent, für die fünfte bis siebte Wiederholung um 60 Prozent und ab der achten Wiederholung um 90 Prozent zu mindern.“

Ob mehrere Objekte vorliegen ist zu prüfen. Dabei sind die allgemeinen Trennungsgrundsätze zu beachten. Ohne an dieser Stelle näher darauf einzugehen sind dies:

- a) funktionale Einheit
- b) konstruktive Selbstständigkeit
- c) räumliche Trennung

Die Voraussetzung zur Anwendung des § 11 HOAI

Bereits aus der Überschrift des § 11 HOAI ergibt sich, dass diese Vorschrift nur dann Anwendung finden kann, wenn ein Auftrag mehrere Objekte umfasst. Überträgt der Auftraggeber dem Auftragnehmer Leistungen für mehrere Objekte in getrennten Aufträgen (Verträgen), findet § 11 HOAI keine Anwendung, vorbehaltlich einer Prüfung nach § 11 Abs. 4 HOAI. Dies gilt auch dann, wenn Leistungen für zusätzliche Objekte im Rahmen eines Nachtrags übertragen werden.

Werden mehrere Objekte in einem Auftrag übertragen, gilt zunächst die Vorschrift in § 11 Abs. 1 HOAI als Regelfall. Danach sind die Honorare für jedes Objekt getrennt zu berechnen. Der in

diesem Absatz 1 enthaltene Vorbehalt führt dazu, dass zu prüfen ist, ob eine davon abweichende Berechnung nach Abs. 2 bzw. Absatz 3 erfolgen muss.

Dabei sind die Tatbestände in Abs. 3 deutlich schärfer als diejenigen in Abs. 2. Zur Anwendung von Abs. 3 müssen nämlich „mehrere im Wesentlichen gleiche“ Objekte vorliegen. Hingegen reicht zur Anwendung von Abs. 2 aus, wenn die Objekte „vergleichbar“ sind und sie „weitgehend gleichartige Planungsbedingungen“ aufweisen.

Eine Prüfung, ob die Bedingungen des Abs. 3 erfüllt sind, führt in der Praxis nicht zu Schwierigkeiten. „Im Wesentlichen gleich“ sind Objekte nämlich nur dann, wenn sie sich nur ganz nebensächlich und für die Konstruktion und bauliche Gestaltung unerheblich unterscheiden (OLG Braunschweig, Urteil v. 24.8.2006 – 8 U 154/05).

Die Bestimmungen des § 11 Abs. 3 HOAI werden deshalb hier nicht näher betrachtet. Vielmehr führen die Bestimmungen des Abs. 2 in der Praxis häufig zu Diskussionen. Wann sind Objekte „vergleichbar“ und was sind „weitgehend gleichartige Planungsbedingungen“?

Die Ausnahmeregelung in § 11 Abs. 2 HOAI

In § 11 Abs. 2 HOAI sind mehrere Bedingungen enthalten, die sämtlich zutreffen müssen, um den Tatbestand dieser Vorschrift überhaupt auslösen zu können. Dies sind:

- mehrere Objekte
- vergleichbare Objekte
- Objekte mit weitgehend gleichartigen Planungsbedingungen
- dieselbe Honorarzone
- zeitlicher Zusammenhang
- örtlicher Zusammenhang
- jedes Objekt als Teil einer Gesamtmaßnahme
- geplant und errichtet (werden sollen)

Treffen alle diese Bedingungen zu, ist das Honorar nach der Summe der anrechenbaren Kosten zu berechnen.

Wegen der Degression der Honorartafeln ergibt sich in diesen Fällen ein deutlich geringeres Honorar als bei einer getrennten Abrechnung der Objekte. Es ist deshalb wichtig, das Vorliegen der genannten Bedingungen sorgfältig zu prüfen.

1. „vergleichbare Gebäude, Ingenieurbauwerke, Verkehrsanlagen oder Tragwerke“

In § 2 Abs. 1 HOAI ist der Objektbegriff definiert. Von allen dort aufgeführten

Objekt-Arten findet § 11 Abs. 2 HOAI lediglich auf Gebäude, Ingenieurbauwerke, Verkehrsanlagen und Tragwerke Anwendung. Für Anlagen der Technischen Ausrüstung enthält die HOAI in § 54 Abs. 1 bis 3 spezielle Vorschriften. Für Freianlagen und Innenräume findet § 11 HOAI keine Anwendung. Mehrere Objekte in diesen beiden Leistungsbildern sind stets getrennt abzurechnen.

Um die Bedingung zu erfüllen müssen die Objekte „vergleichbar“ sein. D.h., sie müssen zumindest ähnlich sein. Das ist zum einen nur der Fall wenn sie dem gleichen Leistungsbild angehören, es sich also um die gleiche Objektart handelt (so zu Recht Rath/Voigt/Diercks/Oppler, HOAI – VgV, Kommentar, 10. Auflage 2017, § 11 HOAI Rn. 4). Ein Gebäude kann einem Ingenieurbauwerk nicht ähnlich sein.

Zum anderen muss es sich um „vergleichbare/ähnliche“ Objekte handeln, also z.B. um Brücken, oder um Wohngebäude oder um Bürogebäude oder um Straßenverkehrsanlagen oder um Schienenverkehrsanlagen usw. Auch hier muss gelten, dass ein Bürogebäude einem Wohngebäude nicht vergleichbar sein kann, ebenso wenig eine Brücke einem Tunnel usw.

Zudem muss es sich um gleiche Maßnahmen i.S. von Neubau/Umbau/Modernisierung etc. handeln (Rath/Voigt/Diercks/Oppler, a.a.O., § 11 HOAI Rn. 4.; auch Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, Kommentar, 9. Auflage 2016, § 11 Rn. 27).

2. „weitgehend gleichartige Planungsbedingungen“

Der Begriff „Planungsbedingungen“ wurde in der HOAI 2013 neu eingeführt. Er ersetzt den Begriff „Objektbedingungen“ in § 11 Abs. 1 Satz 2 HOAI 2009. In der amtlichen Begründung zu § 11 Abs. 2 HOAI heißt es hierzu:

„Die Anpassungen im Wortlaut dienen der sprachlichen Präzisierung. Der Begriff der „Objektbedingungen“ wird durch den Begriff der „Planungsbedingungen“ ersetzt. Dadurch soll klargestellt werden, dass die Reduzierung des Honorars durch Zusammenrechnung der anrechenbaren Kosten aufgrund des geminderten Planungsaufwands zu rechtfertigen ist. Dieser resultiert aus gleichen Planungsbedingungen wie zum Beispiel Baugrund, Nutzungsart, bauliche Gestaltung.“

Der Verordnungsgeber hat die Planungsbedingungen zum Planungsaufwand in eine Beziehung gesetzt. Je weitgehender die Planungsbedingungen vergleichbar sind, desto geringer ist demnach der Pla-

nungsaufwand. Dies folgt einer gewissen Logik und ist für die praktische Tätigkeit bei Planungsleistungen nicht von der Hand zu weisen. Man könnte daraus ableiten: Je mehr von der Planung des ersten Objekts bei der Planung eines vergleichbaren Objekts verwendet werden kann, umso gleichartiger sind die Planungsbedingungen (vgl. Messerschmidt-Niemöller/Preussner, HOAI, Kommentar, 2015, § 11 HOAI Rn. 57).

Allerdings hat der Ordnungsgeber mit den Beispielen in der amtlichen Begründung „Baugrund, Nutzungsart, bauliche Gestaltung“ auf Begriffe zurückgegriffen, die bereits bei der Bestimmung der Honorarzone bedeutsam sind. Gem. § 5 HOAI sind dies aber Planungsanforderungen und nicht Planungsbedingungen.

Zugleich ist die Honorarzone im § 11 Abs. 2 HOAI ein weiteres Tatbestandsmerkmal. Diese Konstellation führt dazu, dass Planungsbedingungen und Planungsanforderungen nicht identisch sind und nicht identisch sein können (vgl. Messerschmidt-Niemöller/Preussner, a.a.O., § 11 HOAI Rn. 55 f.).

Da der Ordnungsgeber mit dem neuen Begriff der Planungsbedingungen (vorher in HOAI 2009 = Objektbedingungen) eine sprachliche Präzisierung erreichen wollte, muss davon ausgegangen werden, dass die Begriffe inhaltlich nahe beieinander liegen.

Es ist deshalb Meurer zuzustimmen (vgl. Korbion/Mantscheff/Vygen, a.a.O., § 11 HOAI Rn. 27), der darauf hinweist, dass unterschiedliche fachliche Berechnungen dazu führen, dass weitgehend vergleichbare Objektbedingungen dann regelmäßig nicht mehr vorliegen. Das gilt dann auch für den in der HOAI 2013 verwendeten neuen Begriff der Planungsbedingungen.

Gestützt wird diese Aussage dadurch, dass unterschiedliche fachliche Berechnungen gerade nicht den Aufwand bei der Planung verringern und der dadurch entstehende Vorteil durch die spezielle Regelung in § 11 Abs. 2 HOAI an den Auftraggeber weitergereicht werden soll (vgl. Korbion/Mantscheff/Vygen, a.a.O., § 11 HOAI Rn. 25).

Für die Praxis bedeutet dies, dass Verkehrsanlagen, die jeweils selbstständig trassiert werden müssen (keine gemeinsame Achse und keine gemeinsame Gradienten) nicht nur getrennte Objekte darstellen, sondern wegen der unterschiedlichen fachtechnischen Berechnungen auch keine weitgehend vergleichbaren Planungsbedingungen aufweisen.

Das Gleiche gilt auch für Rohrleitungen, Brücken und Gebäude usw. In solchen

Fällen kann nämlich von der Planung für das erste Objekt bei der Planung des zweiten Objekts nichts verwendet werden.

„Das Merkmal der „weitgehend vergleichbaren Planungsbedingungen“ ist im Zweifel deshalb eng auszulegen, da es sich um eine Ausnahmeregelung vom allgemeinen Grundsatz der Objekttrennung handelt.“

(Fuchs/Berger/Seifert, HOAI, Kommentar, 2016, § 11 Rn. 47).

3. „dieselben Honorarzonen“

Das Tatbestandsmerkmal ist eindeutig. Die zu betrachtenden Objekte müssen objektiv derselben Honorarzone zugeordnet sein. Dieses Merkmal ist von dem vorherigen (weitgehend vergleichbare Planungsbedingungen) abzugrenzen. Es kann nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass zwei Objekte der gleichen Honorarzone zuzuordnen sind, die Planungsbedingungen dagegen sehr unterschiedlich ausfallen (vgl. Fuchs/Berger/Seifert, a.a.O., § 11 Rn. 47).

4. „zeitlicher Zusammenhang“

Ein zeitlicher Zusammenhang bedeutet nicht, dass die Bauwerke zeitgleich errichtet werden. Eine Realisierung z.B. in Bauabschnitten oder nacheinander stört den zeitlichen Zusammenhang nicht.

5. „örtlicher Zusammenhang“

Nach herrschender Meinung reicht es bei diesem Merkmal aus, wenn die Objekte „in der näheren Umgebung“ errichtet werden sollen. Nach einer Entscheidung des OLG Düsseldorf (Urteil v. 15.6.1982 – 12 U 18/82) gilt, dass es für einen örtlichen Zusammenhang aber auch ausreicht,

„wenn zwar der unmittelbare Zusammenhang des Baugeländes unterbrochen wird, wie z.B. durch eine Straße oder ein dazwischen liegendes Grundstück, jedoch ein räumlicher Zusammenhang zwischen den Baugeländen dahingehend besteht, dass dem Planer wegen der ganz engen örtlichen Verbindung im Bereich der Planung durch mögliche einheitliche Bearbeitung ein Aufwand entsteht, der nicht nennenswert größer ist als bei einem Objekt.“

(Fuchs/Berger/Seifert, a.a.O. § 11 Rn. 57).

Auch hieraus ergibt sich, dass beim Planer eine Reduzierung des Planungsaufwands vorliegen muss, damit die Vorschrift des § 11 Abs. 2 HOAI Anwendung finden kann.

6. „als Teil einer Gesamtmaßnahme geplant und errichtet werden sollen“

Dieses Merkmal führt in der Praxis nicht zu Schwierigkeiten. Eine Gesamtmaß-

nahme ist z.B. die Erschließung eines Bebauungsplangebiets oder die Planung eines Autobahnabschnittes oder die Planung einer Schule die aus mehreren Gebäuden besteht.

7. „Honorar nach der Summe der anrechenbaren Kosten berechnen“

Nach dem Wortlaut dieses Merkmals sind zunächst die anrechenbaren Kosten für jedes Objekt getrennt zu ermitteln. Dabei sind die Vorschriften in § 4 HOAI sowie den einzelnen Leistungsbildern (z.B. §§ 33, 42, 46, 50 HOAI) zu beachten.

Es ist die Summe der anrechenbaren Kosten zu bilden. Auffassungen, nach denen die Kosten der Baukonstruktionen der zu betrachtenden Objekte zusammengefasst werden müssen und auf dieser gemeinsamen Grundlage dann die anrechenbaren Kosten durch Berücksichtigung von bedingt und teilweise anrechenbaren Kosten zu bestimmen sind, sind von dieser Vorschrift nicht gedeckt.

Anrechenbare Kosten sind stets für jedes Objekt getrennt zu ermitteln und dann ggf., wenn die Bedingungen des § 11 Abs. 2 vollständig erfüllt sind, zusammenzufassen.

Fazit

- Die Bestimmungen des § 11 Abs. 2 HOAI sind nur dann anzuwenden, wenn dem Auftragnehmer Leistungen für mehrere Objekte in einem Auftrag übertragen sind.
- Alle Tatbestandsmerkmale des § 11 Abs. 2 HOAI müssen kumulativ erfüllt sein.
- Die zu betrachtenden Objekte müssen vergleichbar / ähnlich sein. Ingenieurbauwerke sind mit Gebäuden und Verkehrsanlagen regelmäßig vergleichbar/ähnlich.
- Es muss sich um die gleiche Objektart handeln, also Neubau, Umbau, Modernisierung usw.
- Weitgehend vergleichbare Planungsbedingungen liegen dann vor, wenn unterschiedliche fachtechnische Berechnungen zu erstellen sind.
- Der Leitsatz lautet: „Je mehr von der Planung des ersten Objekts bei der Planung eines vergleichbaren Objekts verwendet werden kann, umso gleichartiger sind die Planungsbedingungen.“
- Das Tatbestandsmerkmal der „weitgehend vergleichbaren Planungsbedingungen“ ist eng auszulegen.
- Die anrechenbaren Kosten sind zunächst für jedes Objekt getrennt zu ermitteln und erst dann zusammenzufassen.