



Auch in Bezug auf die Entwicklung der Konkurrenzigenschaften biobasierter Produkte besteht eine positive Erwartungshaltung. Dies gilt auch für die Einstandspreise der biobasierten Produktalternativen, auch wenn nicht davon ausgegangen wird, dass die Unterschiede komplett verschwinden.

Fazit

Zwischen der positiven Grundhaltung öffentlicher Auftraggeber zu biobasierten Produkten und dem Status quo der öffentlichen Beschaffung solcher Produkte herrscht eine große Diskrepanz.

Damit sich die Potenziale und positiven Zukunftserwartungen tatsächlich realisieren, sind die diversen identifizierten Hürden abzubauen.

Hierzu könnten einerseits die verschiedenen politischen Ebenen – von gesetzlichen Regelungen über Förderprogramme bis hin zu verwaltungsinternen Anreizen – wichtige Beiträge leisten. Andererseits sind die Anbieterunternehmen biobasierter Produkte und auch die öffentlichen Auftraggeber selbst gefordert.

Erstere sollten ihr Marketing in Bezug auf die öffentliche Verwaltung ausbauen und sich insbesondere klar als Anbieter von biobasierten Produkten positionieren und adäquate Produktinformationen zur Verfügung stellen.

Öffentliche Auftraggeber hingegen sollten die Verbesserung des Wissensstands bezüglich einer Beschaffung biobasierter Produkte anstreben.

Beide Marktseiten sollten dabei – im Rahmen der gesetzlich zulässigen Möglichkeiten – verstärkt Kontakt zueinander suchen.

Neue Kommunikationsplattform

Für den besseren Austausch zwischen öffentlichen Auftraggebern und Anbieterunternehmen biobasierter Produkte wurde im Rahmen des Projekts eine kostenfreie, einfach bedienbare Kommunikationsplattform geschaffen. Die Integration erfolgte als gesonderter Bereich „Expertengruppe Biobasierte Produkte“ in das bereits seit mehreren Jahren im öffentlichen Sektor etablierte Verwaltungs- und Beschaffernetzwerk (www.VuBN.de).

Hierbei handelt es sich um ein kostenlos nutzbares und hinsichtlich des Datenschutzes vorbildliches Social Network für Mitarbeiter öffentlicher Verwaltungen, das inzwischen über 17.000 Teilnehmer aus mehr als 7.000 Verwaltungen aufweist. Die Nutzer des Verwaltungs- und Beschaffernetzwerks tauschen sich in über 100 themenspezifischen Gruppenforen zu verschiedensten fachlichen Fragestellungen aus.

Interessenten am Themenkomplex „Biobasierte Produkte“ können sich als Verwaltungsmitarbeiter direkt unter <https://www.vubn.de/anmeldung/experten-bio-produkte> für die Teilnahme an der „Expertengruppe Biobasierte Produkte“ oder auch auf dem üblichen Weg unter www.VuBN.de im Verwaltungs- und Beschaffernetzwerk registrieren. Anbieterunternehmen mögen sich bei Interesse an das Projektteam unter biobasiert@wiwi.uni-wuerzburg.de wenden. Die Teilnahme ist kostenfrei.

Ausblick

In den Jahren 2018 und 2019 soll die Studie über den Status Quo der biobasierten öffentlichen Beschaffung mit teils neuen Schwerpunkten erneut durchgeführt werden. Über die Ergebnisse dieser Befragungen und die weitere Entwicklung der Kommunikationsplattform wird in folgenden Ausgaben des VergabeNavigators wieder berichtet werden.

Minimales Honorar, maximales Risiko?

Wer HOAI-Mindestsätze nicht beachtet, dem drohen erhebliche Konsequenzen



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

Aus unterschiedlichen Gründen vereinbaren öffentliche Auftraggeber und Planer zumeist Honorare, welche die Mindestsätze der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) unterschreiten. Die Gründe dafür sind vielfältig. Die Honorarvereinbarung ist aber in jedem Fall unwirksam, weshalb der Planer nach den Mindestsätzen der HOAI abrechnen muss. Eine Konsequenz, die manchem nicht bewusst ist.

Zur Wirksamkeit einer Honorarvereinbarung bestimmt § 7 Abs. 1 HOAI:

§ 7 Honorarvereinbarung

(1) Das Honorar richtet sich nach der schriftlichen Vereinbarung, die die Vertragsparteien bei Auftragserteilung im Rahmen der durch diese Verordnung festgesetzten Mindest- und Höchstsätze treffen.

Es müssen also drei Bedingungen erfüllt sein, damit die von den Parteien getroffene Honorarvereinbarung wirksam ist.

1. Voraussetzung: „schriftlich“

Gemeint ist die gesetzliche Schriftform gem. § 126 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB). Danach müssen die Unterschriften der Parteien auf ein und derselben Urkunde angebracht sein. D.h., ein Angebotsschreiben einerseits und ein Auftragschreiben andererseits führen

nicht zu einer schriftlichen Vereinbarung. Zwar ist der Auftrag erteilt, aber die Honorarvereinbarung ist eben nicht schriftlich. Jüngst hat das Oberlandesgericht (OLG) Hamm hierzu entschieden:

„Eine schriftliche Honorarvereinbarung (§ 7 HOAI 2009/2013) muss – um wirksam zu sein – von den Vertragsparteien unterzeichnet werden. Zur Erfüllung des Formerfordernisses des § 126 BGB genügt die Unterzeichnung mit den Anfangsbuchstaben eines Namens, d.h. mit einer „Paraphe“, oder mit einem anderen Kürzel allerdings nicht. Zudem muss die Unterschrift den Urkudentext räumlich abschließen, nicht ausreichend ist eine „Oberschrift“ oder eine Unterschrift am Rand.

(OLG Hamm, Beschluss v. 19.12.2016 – 17 U 81/16; BGH, Beschluss v. 19.7.2017 – VII ZR 13/17 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen).)

2. Voraussetzung: „bei“ Auftragserteilung

Ist eine Honorarvereinbarung schriftlich getroffen, so muss sie, um wirksam vereinbart zu sein, auch „bei“ Auftragserteilung getroffen werden. Gemeint ist der Zeitpunkt. D.h., Auftragserteilung und Honorarvereinbarung müssen zeitgleich erfolgen. Das ist sehr häufig nicht der Fall. Fordert z.B. der Auftraggeber ein Angebot an und sagt zugleich: „Fangen Sie schon mal an“, dann ist der Auftrag bereits erteilt. Die Honorarvereinbarung, selbst wenn sie später schriftlich erfolgt, ist von vornherein unwirksam.

„Legen Sie los, fangen Sie an!“: Auftrag erteilt!

Diskutieren Bauherr und Architekt über die Möglichkeiten der Nutzungsänderung eines Gebäudes und weist der Architekt darauf hin, dass er hierfür keinen Auftrag hat, ist die Äußerung des Bauherrn „Legen Sie los, fangen Sie an!“ als entsprechende Beauftragung zu werten. Erbringt der Architekt in einem solchen Fall bereits vor Auftragserteilung einzelne Leistungen, kann er hierfür nach Auftragserteilung das entsprechende Honorar verlangen. Darauf weist das OLG München im Beschluss vom 18.11.2013 (27 U 743/13) hin (nachfolgend BGH, Beschluss v. 10.9.2015 – VII ZR 338/13, Quelle: [ibr online](#)).

3. Voraussetzung: zwischen Mindest- und Höchstsatz

Als dritte Bedingung fordert § 7 Abs. 1 HOAI, dass das vereinbarte Honorar die Mindestsätze nicht unter- und die Höchstsätze nicht überschreiten darf.

Eine Honorarvereinbarung, die zwar schriftlich und auch bei Auftragserteilung getroffen wurde, ist wegen Unterschreitung der Mindestsätze unwirksam. Die Folge ist, dass der Planer gem. § 7 Abs. 5 HOAI nach den Mindestsätzen abrechnen muss.

Gesamtvergleich

Sind die beiden ersten Fälle, nämlich fehlende Schriftform oder zu später Zeitpunkt, leicht zu beweisen, liegt der Fall bei einer Unterschreitung der Mindestsätze anders. Der Bundesgerichtshof (BGH) hat hierzu im Urteil vom 9.2.2012 (VII ZR 31/11) entschieden, dass die Unterschreitung in einem sog. Gesamtvergleich bewiesen werden muss:

„1. Eine *Mindestsatzunterschreitung liegt vor, wenn das für die vertraglichen Leistungen insgesamt vereinbarte Honorar unterhalb des nach den Mindestsätzen*

zen der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure ermittelten Honorars liegt. Eine isolierte Prüfung, ob einzelne in der Honorarordnung vorgesehene Abrechnungseinheiten unterhalb der Mindestsätze honoriert werden, ist nicht zulässig.“

Daraus ergibt sich folgende Situation:

Die Parteien haben z.B. vereinbart:

- Honorar für Grundleistungen 100.000 €,
- Honorar für
- Besondere Leistung a) 10.000 €,
- Besondere Leistung b) 20.000 €,
- Besondere Leistung c) 20.000 €,
- Besondere Leistungen ges. 50.000 €,
- Nebenkosten 10.000 €,
- das vereinbarte Gesamthonorar beträgt 160.000 € netto, einschließlich Nebenkosten.

Das Mindesthonorar für die Grundleistungen beträgt tatsächlich 150.000 €. Im Ergebnis liegt das Mindesthonorar damit unter dem vereinbarten Gesamthonorar. Der Planer erhält deshalb lediglich das vereinbarte Honorar. Dies entspricht der oben zitierten Entscheidung des BGH.

Diese Sichtweise ist erklärlich, weil die Parteien trotz Unterschreitung der Mindesthonorare für die Grundleistungen durchaus einen Ausgleich hierfür bei den Besonderen Leistungen und/oder den Nebenkosten vereinbaren konnten.

Anders liegt der Fall, wenn das Mindesthonorar für die Grundleistungen nicht wie oben aufgeführt 150.000 € sondern 170.000 € beträgt. Dann übersteigt das Mindesthonorar für die Grundleistungen das vereinbarte Gesamthonorar.

Die Parteien haben für die einzelnen Besonderen Leistungen konkrete Honorare vereinbart. D.h., den Leistungen sind konkrete Honorare zugeordnet.

Der Planer hat in diesem Fall Anspruch auf das Mindesthonorar für die Grundleistungen i.H. von 170.000 € zzgl. dem vereinbarten Honorar für die Besonderen Leistungen i.H. von 50.000 € sowie der Nebenkosten i.H. von 10.000 €, also insgesamt 230.000 €. Die Nebenkosten sind kein Honorar.

Für die Konsequenz aus einer Unterschreitung der Mindesthonorare ist es deshalb entscheidend, welche Anteile die Grundleistungen einerseits und die Besonderen Leistungen andererseits am Gesamthonorar haben. Je höher das Honorar für die Besonderen Leistungen ist, desto schwieriger wird der Nachweis der Unterschreitung der Mindestsätze in dem vom BGH verlangten Gesamtvergleich.

Die Praxis

Nach den Beobachtungen des Autors, der sich als öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger täglich mit Honorarvereinbarungen und Mindesthonoraren befasst, sind ca. 20 % aller Honorarvereinbarungen nicht schriftlich getroffen. Das heißt, die Bedingung Schriftformerfordernis ist nicht erfüllt. Diese Honorarvereinbarungen sind allein deshalb unwirksam.

In ca. 50 % aller Fälle liegt der Zeitpunkt der Beauftragung deutlich vor der Honorarvereinbarung. Offenbar fordern die Auftraggeber die Planer in der Hälfte aller Fälle auf, mit den Leistungen „vorab“ zu beginnen“. Tatsächlich liegt eine Beauftragung vor. Es fehlt allerdings die schriftliche Honorarvereinbarung. Die später, ggf. sogar schriftlich getroffene Honorarvereinbarung ist dann ebenfalls unwirksam.

In mehr als 80 % aller Fälle ist das Honorar für die übertragenen Grundleistungen niedriger, und zwar deutlich niedriger als das Mindesthonorar nach der HOAI. Die Gründe dafür sind:

- die Planer machen im Wettbewerb sehr niedrige Angebote, um den Auftrag zu erhalten,
- die Auftraggeber haben als vorrangiges Ziel, möglichst wenig Honorar zu zahlen,
- Unwissenheit über die richtige Honorarberechnung bei Auftraggebern und Planern.

Letzteres ist eigentlich beschämend, weil es die HOAI seit 1985 gibt.

Beim Bestreben der Planer, ein möglichst geringes Honorar anzubieten, greifen sie zu Methoden wie:

- Abzug wegen Linienfaktor,
- Abzüge wegen Wiederholung,
- geringere Bewertung der Leistungsphasen,
- zu niedrige Honorarzonen.

Dazu ist anzumerken, dass ein Linienfaktor (z.B. gem. § 44 Abs. 7 HOAI) tatsächlich kaum bis gar nicht angewendet werden kann. Die Vielzahl der dort aufgeführten Bedingungen kann regelmäßig nicht vollständig erfüllt sein.

Zudem hat die Vergabekammer (VK) Brandenburg bereits im Beschluss vom 25.6.2014 (VK 6/14) entschieden, dass Längenabschlag, Längenfaktor, Minderrungen des Honorars gemäß § 44 Abs. 7 i.V. mit § 7 Abs. 3 HOAI und Unwägbarkeiten darüber, ob ein Bieter Mindestregelungen der HOAI überhaupt in



Betracht zu ziehen hat, vom Auftraggeber für das jeweils ausgeschriebene Planungsvorhaben in den Vergabeunterlagen mitzuteilen sind. Die entsprechende Einschätzung des Auftraggebers hat zudem sachlich begründeten Erwägungen Rechnung zu tragen.

In dem genannten Beschluss hat die VK Brandenburg dem Auftraggeber unter sagt, den Zuschlag auf der Grundlage seiner bisherigen Wertung an die Beigeladene (Anm.: der Mindestbietende, der einen Längenabschlag angeboten hatte) zu erteilen. Die VK ordnete an, die Wertung der Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der VK zu wiederholen.

Ein Planer, der von sich aus einen Linienfaktor einführt, ist demnach also von der Wertung auszuschließen.

Gleiches gilt für den Planer, der die angefragten Leistungsphasen zu einem niedrigeren Honorar anbietet als die HOAI vorsieht. Er verstößt entweder gegen das zwingende Preisrecht der HOAI oder ändert die angefragten Leistungen indem er einzelne Grundleistungen nicht anbietet und deshalb die Leistungsphase geringer bewertet.

„Wer etwas anderes als nachgefragt anbietet, wird ausgeschlossen!“

Zum zwingenden Ausschluss von der Wertung führende „Änderungen an den Vergabeunterlagen“ liegen vor,

wenn ein Bieter etwas anderes anbietet als vom öffentlichen Auftraggeber nachgefragt, sodass sich angebotene und nachgefragte Leistung nicht decken. Dementsprechend liegt eine Änderung an den Vergabeunterlagen vor, wenn der Bieter nicht wie vom Auftraggeber gefordert anbietet, die Werk- und Montageplanung komplett bis zum verbindlichen Vertragstermin fertigzustellen (VK Bund, Beschluss v. 28.11.2016 – VK 1-110/16).

Auftraggeber wählen andere Wege. Sie geben häufig Honorarparameter vor, die mit den preisrechtlichen Bestimmungen der HOAI nicht in Einklang zu bringen sind.

Allen voran fassen Auftraggeber die zu planenden Bauwerke zu einem einzigen Objekt zusammen. Wegen der Degression in den Honorartafeln wird allein hierdurch das Honorar so gering, dass es weder angemessen noch auskömmlich ist.

Der Ausweg

Der BGH hat schon im Jahr 1997 entschieden:

„Vereinbaren die Parteien eines Architektenvertrages ein Honorar, das die Mindestsätze in unzulässiger Weise unterschreitet, so verhält sich der Architekt, der später nach den Mindestsätzen abrechnen will, widersprüchlich. Dieses widersprüchliche Verhalten steht nach

Treu und Glauben einem Geltendmachen der Mindestsätze entgegen, sofern der Auftraggeber auf die Wirksamkeit der Vereinbarung vertraut hat und vertrauen durfte und er sich darauf in einer Weise eingerichtet hat, daß ihm die Zahlung des Differenzbetrages zwischen dem vereinbarten Honorar und den Mindestsätzen nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann.“

(BGH, Urteil v. 22.5.1997 – VII ZR 290/95)

Öffentliche Auftraggeber können grundsätzlich nicht für sich in Anspruch nehmen, dass sie sich auf die geringe Honorarvereinbarung verlassen haben. Sie durften sich nämlich kraft besseren Wissens nicht darauf verlassen. Und dass sie sich abschließend so eingerichtet haben, dass ihnen das Mehrhonorar, nämlich das Mindesthonorar, nicht zugemutet werden kann werden sie ebenfalls nicht belegen können. Bei einem Einfamilienhausbauherrn ist dies wahrscheinlich anders.

Daraus folgt, dass der Planer, obwohl er sich widersprüchlich verhält, im Nachhinein nach den Mindestsätzen abrechnen kann. Dieses Risiko bleibt beim Auftraggeber. Das Mindesthonorar ist in der Praxis um ein Vielfaches höher als das für die Grundleistungen vereinbarte Honorar. Beim Planer bleibt dagegen das Risiko, dass er, z.B. wegen dem Umfang vereinbarter Besonderer Leistungen, eine Unterschreitung der Mindestsätze nicht nachweisen kann.



KOMPASS NACHHALTIGKEIT

NACHHALTIG BESCHAFFEN IM ÖFFENTLICHEN SEKTOR

www.kompass-nachhaltigkeit.de






Durchgeführt von



in Kooperation mit



mit ihrer



Im Auftrag des

