

Dies ist insbesondere für Vergabeentscheidungen von Bedeutung.“

Ob also Vergabeangelegenheiten öffentlich oder nichtöffentlich beraten und beschlossen werden, hat die Gemeinde in eigener Zuständigkeit zu entscheiden. Entscheidet sie dabei „falsch“ und schließt die Öffentlichkeit aus, kann ein weiteres Problem auf sie zukommen: Der Bundesgerichtshof (BGH) hat nämlich einen Verstoß gegen den Grundsatz der Sitzungsöffentlichkeit als eine schwerwiegende Verfahrensverletzung gewertet, die zur Rechtswidrigkeit eines Gemeinderatsbeschlusses führe.

Wenn dagegen nur eine Einzelfrage in nichtöffentlicher Sitzung behandelt werde, die der Information der Gemeinderäte diene und nicht die Rede davon sein könne, dass die nichtöffentliche Vorberatung die in öffentlicher Sitzung zu führende Sach- und Abwägungsdiskussion ersetze oder ins sonstiger Weise der öffentlichen Wahrnehmung entzogen habe, liege kein Verstoß gegen das Prinzip der Öffentlichkeit vor (vgl. BGH, Urteil v. 23.4.2015 – III ZR 195/14).

Dieser Problematik kann der Stadt- bzw. Gemeinderat indes gänzlich aus dem Weg gehen, indem er es infolge der vergaberechtlichen Bindungen der alleinigen Zuständigkeit des Oberbürgermeisters/Bürgermeisters überlässt, im Rahmen der ihm übertragenen Geschäfte der laufenden Verwaltung hier zu entscheiden.

Unberührt freilich bleibt hiervon das umfassende Unterrichtsrecht des Rates und seiner Gremien über das, was an Vergaben getätigt wurde. Auch und gerade in Vergabeangelegenheiten sollte also stringent gelten: der Rat bestimmt das „Ob“, die Verwaltung das „Wie“.

Unser komplettes Vergaberecht-Portfolio in einer Datenbank!



VergabePortal

Jetzt kostenlos testen:
das-vergabeportal.de

Reguvis

Kooperationspartner des
Bundesanzeiger Verlages

Die Zeit der HOAI geht zu Ende

Die neue HOAI ist halbherzig und das Vergaberecht setzt keine Schranken



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

Seitdem die Unterschreitung der Mindestsätze der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) möglich ist und nicht mehr dazu führt, dass ein solches Angebot nach den vergaberechtlichen Vorschriften von der Wertung ausgeschlossen werden muss – sowie insbesondere wegen der freien Möglichkeiten der Honorarvereinbarung nach der neuen HOAI 2021, die Anfang 2021 in Kraft getreten ist, ist die HOAI keine verlässliche Grundlage mehr. Es stellt sich die Frage, warum wir sie überhaupt noch brauchen.

Das ursprüngliche Ziel der HOAI, nämlich eine Gebührenordnung zu schaffen bei der die berechtigten Interessen der Parteien berücksichtigt sind und ein fairer Interessensausgleich stattfindet, war seit jeher ein Ideal. Der Markt schuf sich seine eigenen Regeln. Öffentliche Auftraggeber suchten regelmäßig ein Honorar unterhalb der Mindestsätze, sei es aus Unwissenheit oder mit Absicht. Rechnungsprüfer „verbogen“ die HOAI manchmal bis zur Unkenntlichkeit. Private Auftraggeber empfangen die Planer häufig mit den Worten: „Kommen Sie mir bloß nicht mit der HOAI“ und die Planer machten das alles mit und sie waren keineswegs dazu gezwungen. Zwar mussten sie sich dem Auftraggebermonopol der öffentlichen Hand bei infrastrukturellen Vorhaben beugen, der größte Wettbewerbsdruck aber entstand immer durch den Mitbewerber. Und so machten alle mit.

Ein Ausgleich wurde allzu oft in vermindertem Leistungsumfang oder vermindertem Leistungsqualität gesucht und gefunden. Die Folgen waren fatal. Zu Recht versuchten die Bauherren durch konkrete und sehr kleinliche Vorgaben in sogenannten technischen Regelwerken den Planern das abzurufen, was diese tatsächlich schuldeten. So entstand ein Zirkelbezug oder Teufelskreis, der zu dem führte, was wir heute haben.

Hinzu kam die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) vom 4.7.2019 (Rs. C-377/17), dass nämlich

die verbindlichen Mindest- und Höchstsätze der HOAI europarechtswidrig seien, und zwar wegen fehlendem Berufsausübungsrecht. Weil eben jedermann in Deutschland Ingenieur- und Architektenleistungen erbringen dürfe, sein Honorar aber nach der HOAI abrechnen muss, sei eine Ausnahme der europarechtlichen Bestimmungen wegen Verbraucherschutz und Qualitätssicherung nicht zulässig.

Die Bundesregierung hat daraufhin pflichtgemäß eine neue HOAI geschaffen (siehe „Vorwärts in die Vergangenheit“, Welter in Vergabenavigator 6-2020, 8 ff.). Ab dem 1.1.2021 kann danach das Honorar frei vereinbart werden. Nur wenn die Parteien nichts vereinbart haben (gefordert ist lediglich die Textform, nicht mehr die Schriftform) gilt gem. dem neuen § 7 Abs. 1 HOAI 2021 das Basishonorar (das ist das Mindesthonorar) als vereinbart.

Auftraggebern möchte man zurufen: „Treffen Sie bloß eine Honorarvereinbarung! Unter Wettbewerbsbedingungen ist es sehr wahrscheinlich, dass das vereinbarte Honorar unterhalb des Basishonorars liegt.“ Den Planern möchte man raten: „Treffen Sie bloß keine Honorarvereinbarung, jedenfalls keine in Textform. Dann müssen Sie nach den Mindestsätzen abrechnen und die sind sehr wahrscheinlich höher als das Honorar, das Sie unter Wettbewerbsbedingungen vereinbaren können.“

Was für eine Situation, unzuverlässiger geht's es kaum.

Das tatsächliche Verhalten bei der Vergabe von Ingenieurleistungen

Der Markt ist meilenweit davon entfernt „angemessene“ Honorare zu vereinbaren. Ein Honorar, das der Leistung angemessen gegenüber steht, das ist das eingangs erwähnte Ideal. Tatsächlich geht es um ein möglichst niedriges Honorar, und zwar sowohl dem Auftraggeber, der ja nicht mehr bezahlen will als er muss als auch dem Planer, der sonst keinen Auftrag erhält.

Die einzige wirksame Grenze zieht § 60 der Vergabeverordnung VgV, dass nämlich ungewöhnlich niedrige Honorare aufzuklären sind. Auf ein Angebot mit ungewöhnlich niedrigem Honorar darf der Zuschlag nicht erteilt werden (vgl. „Der billige Planer“, Dabringhausen, Vergabenavigator 05-2019). Leider ist diese Grenze ziemlich löchrig. Auftraggeber haben kein wirkliches Interesse an einer Aufklärung und die Mitbewerber fürchten den Ausschluss wenn sie diese einfordern, was sie nämlich können (vgl. BGH, Beschluss vom 31.1.2017 – X ZB 10/16).

Tatsächlich werden Planungsleistungen aktuell wie folgt ausgeschrieben:

- a) Das Vorhaben (das Projekt) wird benannt, eine HOAI-konforme Gliederung in „Objekte“ wird nicht oder nur rudimentär vorgenommen,
- b) die Honorarzonen sind vom Bieter auszufüllen,
- c) die anrechenbaren Kosten werden HOAI-konform nach der Kostenberechnung festgestellt,
- d) Umbau- bzw. Modernisierungszuschläge werden nicht gewährt oder sind vom Bieter anzugeben,
- e) bei den Leistungsphasen werden entweder nur die beauftragten Grundleistungen angegeben die dann vom Bieter zu bewerten sind oder die gesamte Leistungsphase ist vom Bieter zu bewerten,
- f) es wird eine große Zahl von Besonderen Leistungen aufgeführt, die jeweils pauschal anzubieten sind. Dabei sind weder Menge noch Qualität angegeben und der Auftraggeber behält sich vor, diese Leistungen gar nicht abzurufen,
- g) Nebenangebote sind ausgeschlossen,
- h) inhaltliche und zeitliche Herangehensweise sind darzustellen und vorzutragen,

- i) Zuschläge/Abschläge auf das Honorar sind anzugeben,
- j) nach der Auswertung der Angebote und nach dem Präsentations- und Vorstellungstermin erhält der Bieter die Gelegenheit sein Angebot preislich zu überarbeiten und final einzureichen.
- k) Bei der Wertung des Angebots liegt die Gewichtung des Honorars i.d.R. bei 30 %, mit steigender Tendenz. Aktuell sind hierfür für die Sanierungsplanung der Standsicherheit einer denkmalgeschützten Burg 40 % angegeben!!

Bei alledem spielt die HOAI nicht die Rolle, die für sie gedacht war. Sie dient lediglich der Orientierung. Wer den größten Nachlass offen oder verdeckt einräumt, erhält den Zuschlag.

Ein Beispiel:

Nach durchgeführtem VgV-Verfahren und Beschluss und Veröffentlichung der Absicht der Ingenieurgesellschaft xy den Auftrag zu erteilen, ruft der Bürgermeister bei dieser Ingenieurgesellschaft an und meint, die Honorarzone sei doch etwas hoch. Er erwarte, dass das Büro hier noch einmal in sich geht.

So geschehen im Mai 2020. Das viel und oft beschworene Vertrauensverhältnis ist abgeschafft. Es geht nicht um Leistungswettbewerb und auch nicht um Qualität. Und es spielt auch keine Rolle, ob Leistungen eindeutig und erschöpfend beschrieben werden können oder nicht. Es geht schlicht nur um den Preis.

Die HOAI als „Geländer“

Der Preis aber ist nicht leicht zu bestimmen. Auftraggeber haben das Problem, dass sie den Aufwand der Planung und die damit verbundenen Kosten nicht kennen. Das ist auch dann so, wenn sie selbst, z.B. als Fachamt oder Fachbehörde, Planungsleistungen erbringen. Sie können deshalb die eingehenden Angebote auch nicht bewerten, sie wissen schlicht nicht, ob der Preis angemessen ist oder nicht.

Die HOAI schaffte hier Abhilfe. Immerhin hat die Bundesregierung bei jeder Novellierung betont, dass den berechtigten Interessen der Parteien Rechnung getragen wurde, so wie es das Gesetz zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen vom 4.11.1971 in der Fassung vom 12.11.1984 (BGBl. I S. 1337) in § 1 Abs. 2 und in § 2 Abs. 2 vorschrieb. Das bedeutet im Klartext, das Honorar nach den Bestimmungen der HOAI war in den Augen der Bundesregierung „angemessen“.

Ein über den Mindestsätzen der HOAI liegendes Honorar ist damit möglicherweise unangemessen hoch. Allein dies führt dazu, dass Auftraggeber überwiegend mindestsatzorientiert sind. Sucht man nun den „Billigsten“, so muss man nur das tatsächlich angebotene Honorar mit dem HOAI-Mindesthonorar vergleichen. Damit kommt der HOAI lediglich eine Geländerfunktion zu, die ausschließlich dem Auftraggeber hilft.

Wenn aber das HOAI-Honorar angemessen ist, dann kann ein darunter liegendes Honorar nicht mehr angemessen sein. Und doch erzeugt der Markt niedrigere Preise (Honorare).

Man könnte hier große Vergleiche heranziehen, z.B. die Milchwirtschaft, die keine kostendeckenden Preise mehr erwirtschaften kann oder die Bauern, deren Preise von den Discountern so gnadenlos gedrückt werden, dass sie ihre Existenzen in Gefahr sehen. Aber alle diese Erzeuger haben die Preise selbst vereinbart, ebenso wie die Planer.

Der Weg hin zu immer niedrigeren Preisen, der Ruf nach immer mehr Wettbewerb ist eine Sackgasse, das wissen alle. Und doch ist die Umkehr so schwierig. Die Planer müssen diesen Weg weitergehen, durch das tiefe Tal der Tränen und der niedrigen Preise. Am Ende aber wird sich eine neue Situation entwickeln. Sie werden keine HOAI mehr benötigen und damit den Auftraggebern das Geländer nehmen.

Die neuen Möglichkeiten der Honorargestaltung

Die Honorargestaltung der HOAI ist **werteorientiert**. Die Kosten des Objekts bestimmen die Höhe des Honorars. Wer jemals die anrechenbaren Kosten für ein komplexes Vorhaben selbst ermittelt hat, weiß, dass die Bestimmungen der HOAI hierzu völlig veraltet und wirklichkeitsfremd sind. Die Kosten sind nämlich objektbezogen und nicht projektbezogen zu ermitteln und zu gliedern in die unterschiedlichen Arten der anrechenbaren Kosten. Dazu sind für z.B. ein Ingenieurbauwerk folgende Vorschriften der HOAI zu beachten:

- vollständig anrechenbare Kosten gem. § 42 Abs. 1 Satz 1
- vollständig anrechenbare Kosten gem. § 42 Abs. 1 Satz 2
- teilweise anrechenbare Kosten gem. § 42 Abs. 2
- bedingt anrechenbare Kosten gem. § 42 Abs. 3

- bedingt anrechenbare Kosten gem. § 4 Abs. 2
- mitzuverarbeitende Bausubstanz gem. § 4 Abs. 3

Die Kosten sind gem. § 4 Abs. 1 nach der DIN 276-1:2008-12 bzw. 276-4:2009-08 aufzustellen, sofern nicht eine Verwaltungsvorschrift vereinbart wurde. Die neue DIN 276 vom Dezember 2018 kann wegen der Vorschrift in § 4 Abs. 1 HOAI nicht herangezogen werden.

Für Verkehrsanlagen, die oft ein zweites Objekt darstellen, gelten ganz andere Vorschriften. Alles dies führt dazu, dass die Kostenermittlung für den Auftraggeber und die Ermittlung der anrechenbaren Kosten für das Honorar gänzlich anders strukturiert sind und das eine aus dem anderen nicht ohne Weiteres abgeleitet werden kann.

Kommen noch Änderungs- und Ergänzungsleistungen hinzu, was regelmäßig der Fall ist, geht fast nichts mehr. So wundert es kaum, dass gerade die anrechenbaren Kosten Streitpunkt zwischen den Parteien sind, auch vor Gericht.

Wirtschaftsunternehmen denken grundsätzlich zunächst **aufwandsorientiert**. D.h., welcher Aufwand entsteht und welcher Preis ist deshalb die Untergrenze. Die Berücksichtigung angemessener Zuschläge für allgemeine Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn sind darin enthalten.

In einem zweiten Schritt wird der Preis dann am Nutzen für den Kunden ausgerichtet, er wird also **nutzenorientiert**

gebildet. Das ist auch angemessen. Habe ich von etwas einen hohen Nutzen, so bin ich bereit dafür mehr zu bezahlen als für etwas, das mir eigentlich nur wenig Nutzen bringt.

Ingenieure und Architekten müssen und werden sich abkehren vom Werthonorar und ein nutzenorientiertes Honorar kalkulieren und anbieten. Es wird dabei darauf ankommen, den Nutzen für den Auftraggeber zu ermitteln und zu vermitteln. Dabei werden Planungs- und Bauzeiten eine wichtige Rolle spielen, denn wenn etwas schnell gehen muss, kann es auch etwas teurer sein. Das war schon immer so und es ist nicht erkennbar, warum dies bei Planungsleistungen nicht auch so sein kann.

Insgesamt werden sich neue Honorarmodelle entwickeln und etablieren, die mit der HOAI nichts mehr gemein haben. Solche Modelle gibt es schon, z.B. Planung im m²-Preis oder im Meter-Preis o.a. Bei solchen Modellen verliert die HOAI sogar die ihr noch verbliebene Geländerfunktion. Es ist an beiden Seiten, diese Entwicklung positiv zu gestalten.

Das Zusammenspiel mit dem neuen Werkvertragsrecht

Auch wenn zu lesen ist, dass die neue HOAI 2021 einseitig im Interesse der Auftraggeber ist, so sind bei einer Gesamtbetrachtung der Möglichkeiten Zweifel angebracht. Wie zuvor ausgeführt werden sich für die klassischen

Auftragsverhältnisse neue Honorierungssysteme durchsetzen. Das werden auch noch so kreative Ausschreibungsverfahren nicht verhindern, ggf. sogar beschleunigen.

Wird aber gar keine Honorarvereinbarung getroffen, müssen die Planer nach wie vor nach den Mindestsätzen abrechnen. Das ergibt sich aus § 632 Abs. 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) in Verbindung mit § 7 Abs. 1 HOAI 2021. Eine andere Rechtsgrundlage haben sie nämlich gar nicht. In der Praxis kommt es sehr häufig vor, dass keine Honorarvereinbarung getroffen wurde. Und wenn dies für den Hauptauftrag noch der Fall ist, so ist dies spätestens bei den Änderungs- und Ergänzungsleistungen nicht mehr so.

Demgegenüber steht auf der Leistungsseite das neue Werkvertragsrecht und allem voran die Bestimmungen rund um den Nachtrag (insbesondere § 650b und § 650c und § 650p und § 650q BGB). Hiernach hat der Planer alle Fäden in der Hand, auch oder gerade wenn der Auftraggeber von seinem neuen starken Anordnungsrecht Gebrauch macht.

Das Herz des Planungsbüros verlagert sich nun endgültig weg vom Projekt und hin zum Vertrag und weg vom Werthonorar, hin zum nutzenorientierten Honorar. Ob das so gewollt war? Die neue HOAI 2021 beschleunigt diese Wandlung, weil sie für den Planer keinen Schutz mehr bietet und als Geländer für den Auftraggeber verzichtbar ist. Ob das so gewollt war?

**Einführung
in die öffentliche
Beschaffung**

Praxisnahe Darstellung aller
relevanten rechtlichen und
betriebswirtschaftlichen Aspekte
der öffentlichen Beschaffung

Rechtliches und betriebswirtschaftliches Grundlagenwissen für die Vergabepaxis!

**Kostenfrei im
VergabePortal!**

Bestellnr. 221609161
Online-Publikation,
kostenfrei im VergabePortal

Dieses Handbuch konzentriert sich auf die Beschaffung durch die öffentliche Verwaltung im engeren Sinne, also insbesondere Bund, Länder und Kommunen. Auf die Vorschriften der Sektorenverordnung und Spezialvorschriften für den Verteidigungs- und Sicherheitsbereich (VSVgV und VOB/A Abschnitt 3) wird daher nicht näher eingegangen.

Jetzt kostenfrei: www.bundesanzeiger-verlag.de/oeffentlichebeschaffung

Kostenlose Bestell-Hotline: 0 800/1234-333
(gebührenfrei aus dem deutschen Festnetz)
Fax: 02 21/9 76 68-271
In jeder **Fachbuchhandlung**

Reguvis
Fachmedien GmbH
Amsterdamer Str. 192
50735 Köln

Reguvis
Kooperationspartner des
Bundesanzeiger Verlages