

Fazit

Die öffentliche Hand kann durch eine vergaberechtliche Ausschreibung nachweisen, dass sie zu marktüblichen Bedingungen handelt und mit einer Maßnahme nicht ein bestimmtes Unternehmen bevorzugt. Eine Beihilfe ist dann ersichtlich nicht gegeben. Hierdurch kann sie ein – oft aufwendiges – Notifizierungsverfahren bei der EU-Kommission vermeiden.

In einer vergaberechtlichen Ausschreibung können nur rechtswidrige Beihil-

fen zu Lasten eines Bieters berücksichtigt werden. Die Vergabestelle hat insoweit zu prüfen, ob eine Beihilfe vorliegt und ob der Preis aufgrund der Beihilfe ungewöhnlich niedrig ist. Danach hat sie dem Bieter eine angemessene Frist zum Nachweis der Rechtmäßigkeit zu setzen. Bieter können sich im Wesentlichen damit verteidigen, dass entweder keine Beihilfe vorliegt, diese von der Kommission genehmigt wurde oder ausnahmsweise nicht zu notifizieren war. Beihil-

fenfinanzierte Unternehmen, die Ausgleichszahlungen für Leistungen der Daseinvorsorge erhalten und sich an Ausschreibungen beteiligen wollen, können deren Rechtmäßigkeit durch die Erfüllung der vier Altmark-Trans-Kriterien des EuGH oder durch eine Befreiung von der Notifizierungspflicht nach der Entscheidung 2005/842/EG nachweisen. Voraussetzung ist in beiden Fällen ein ordnungsgemäßer Be-
trauungsakt.

■ *Dipl.-Ing. Ulrich Welter, inside, Berlin*

Neue Regeln, neue Verantwortung

Der „Geist“ der neuen HOAI wird vieles verändern – Vertragsgestaltung gefragt/Mehr Auslandsorientierung?

Mit der neuen Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) werden die Planerbüros konsequenter als bisher zur betriebswirtschaftlichen Kalkulation und Vertragsgestaltung angehalten. So formuliert der Gesetzgeber in der amtlichen Begründung selbst die Zielsetzung des neuen Regelwerks. Gestärkt werden sollen auch die internationale Wettbewerbsfähigkeit und eine verstärkte Auslandsorientierung gerade von mittelständischen Büros. Hält die neue HOAI, was da versprochen wird? Ein Belastungstest – Schritt für Schritt durch die amtliche Begründung.

Der Bundesrat hatte der sechsten Novelle zur HOAI am 12. Juni 2009 zugestimmt. Die neue HOAI tritt gemäß § 56 am Tage nach der Verkündung in Kraft. Die Fachkreise rechnen Mitte August mit der Verkündung, so dass die neue HOAI 2009 in wenigen Tagen verbindliches Recht sein wird. Die HOAI 2009 löst damit die fünfte Novelle ab, die zum 1. Januar 2006 in Kraft getreten war. Gegenüber diesem, noch gültigen Preisrecht, sind in der neuen HOAI erhebliche Änderungen aufgenommen worden. Dies gilt nicht nur für die einzelnen Vorschriften sondern insbesondere für den „Geist der Verordnung“ selbst. So schreibt die Bundesregierung, wie eingangs angesprochen, in der amtlichen Begründung unter A. Allgemeines, I. Ausgangslage und Zielsetzung:

„Die Büros werden konsequenter als bisher zur betriebswirtschaftlichen Kalkulation und Vertragsgestaltung angehalten, was auch zur Stärkung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit und zu einer verstärkten Auslandsorientierung gerade von mittelständischen Büros beiträgt.“

Es lohnt, sich mit dieser Aussage auseinanderzusetzen. Die amtliche Begründung zur Rechtsverordnung liefert nicht nur den „Willen des Ordnungsgebers“, sie stellt darüber hinaus eine Unterlage dar, die bei der Auslegung der Rechtsverordnung jedermann zur Verfügung steht. Sie ist damit so etwas wie ein „erster Kommentar“, den die Vertragspartner zu Rate ziehen können und werden. Die amtliche Begründung spielt in der Praxis seit jeher eine große Rolle. Im Folgenden untersuchen wir daher Schritt für Schritt die Begründung mit Blick auf die zitierte Zielsetzung der Bundesregierung, um zu verstehen zu versuchen, welches Ziel die Bundesregierung mit dieser Aussage verfolgt.

„... konsequenter als bisher ...“

Mit dieser Formulierung unterstellt die Bundesregierung zunächst, dass sich die Büros auch bisher nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen verhalten haben. Dabei differenziert sie aber nicht. Weder ist ein Hinweis auf fachliche Ausrichtung enthalten, wie zum Beispiel Architekten oder Ingenieure, Objektpla-

ner oder Fachplaner, noch gibt es einen Bezug auf die Unternehmensgröße. Alle Büros werden hier pauschal genannt. Möglicherweise war der Bundesregierung nicht klar, dass Büros mit mehr als 5 Mitarbeitern nicht mehr auf Zuruf sondern nur klar strukturiert arbeiten können. Der Anteil der Personalkosten ist mit 70 bis 75 Prozent so hoch, dass eine Unternehmensführung ohne betriebswirtschaftliche Grundlage scheitern muss. Ingenieurgesellschaften mit 20, 50, 100 oder mehr als 300 Mitarbeitern sind potente Wirtschaftsunternehmen. Ihnen zu sagen „Ihr müsst Euch stärker als bisher betriebswirtschaftlich verhalten“ ist schon grenzwertig. Sollten aber nur kleinere Büros mit 1–5 Mitarbeitern gemeint sein, so ist der Hinweis auf die internationale Wettbewerbsfähigkeit und die verstärkte Auslandsorientierung stark diskussionswürdig. Hierzu kommen wir noch weiter unten.

Die Formulierung ist insgesamt unausgewogen und enthält keine klare Zielgruppe. Es ist daher davon auszugehen, dass es sich um eine politisch motivierte Formulierung ohne nähere Spezifikation

handelt. Wahrscheinlich wollte man die „kleinen“ Büros ansprechen, ohne dies so auszudrücken.

„... zur betriebswirtschaftlichen Kalkulation ...“

Bei der Kalkulation einer Leistung kommt es ganz wesentlich darauf an, zum Zeitpunkt der Kalkulation zu wissen, welche Leistungsschritte und welcher Leistungsumfang erforderlich sein werden. Genau daran mangelt es regelmäßig bei den Ingenieurleistungen. Diese sind geistig-schöpferischer Natur und können weder eindeutig noch erschöpfend beschrieben werden. Dies hat dazu geführt, dass für die Vergabe dieser Leistungen oberhalb der EU-Schwellenwerte die Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) und damit ausschließlich das Verhandlungsverfahren anzuwenden ist. Damit aber wird der Aussage der Bundesregierung nach mehr „betriebswirtschaftlicher Kalkulation“ das Fundament entzogen. Diente doch die HOAI bisher auch und ausdrücklich dem Verbraucherschutz. Und dies eben aus dem Grund, weil die Leistungen gar nicht klar waren (und zum Zeitpunkt der Auftragserteilung nicht klar sein können). Warum überhaupt eine Honorarordnung, wenn die Vertragspartner die Leistung bei Auftragserteilung klar bestimmen können? Dann wäre auch das Honorar bestimmbar, und zwar nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen. Der Widerspruch besteht darin, dass die Bundesregierung von den Büros mehr betriebswirtschaftliche Ausrichtung fordert (sie dazu anhält), ihnen aber andererseits die Möglichkeiten dazu nimmt. Mit der HOAI wird das Honorar einseitig festgelegt. Eine betriebswirtschaftliche Betrachtung kann sich daher nur noch mit der Leistung befassen. Ob das der Bundesregierung bei der Formulierung tatsächlich so bekannt war, muss zwar angenommen, darf aber dennoch bezweifelt werden. Der Bundesgerichtshof (BGH) hat schon mit Urteil vom 15. Mai 2003 (I ZR 292/00) entschieden:

„Die in Rede stehende Honorarordnung regelt den Wettbewerb der Architekten und Ingenieure. Die Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen obliegt den Architekten und Ingenieuren, die selbständig und in eigener Verantwortung die Rechnung für ihre Leistungen zu erstellen haben, und nicht ihren jeweiligen Auftraggebern.“

Die Ingenieure haben sich immer schon, zumindest aber seit Beginn der rezessiven Phase in der Bauwirtschaft ab Mitte der 90er Jahre vordringlich betriebswirt-

schaftlich mit ihren Aufträgen auseinandergesetzt und auseinandersetzen müssen. Sind mit der zitierten Formulierung gar wieder insbesondere die kleinen Büros mit 1–5 Mitarbeitern gemeint? Die Büros, die gute und anständige Arbeit auf rein freiberuflicher, persönlich ausgerichteter Basis leisten? Was will die Bundesregierung erreichen? Soll ein Einzelkämpfer, Fachmann auf seinem Gebiet und exzellenter Berater eines Bauherrn zu mehr Betriebswirtschaft angehalten werden? Traut die Bundesregierung ihm nicht zu, für seine finanziellen Verhältnisse selbst und eigenverantwortlich zu sorgen? Und, soll dieser Einzelkämpfer sich künftig mehr dem Auslandsgeschäft widmen? Oder sind doch die größeren Büros gemeint und die Bundesregierung geht davon aus, dass diese Büros Nachhilfeunterricht bei der Kalkulation benötigen?

Die Bundesregierung führt in der neuen HOAI 2009 die Möglichkeit einer Baukostenvereinbarung ein. Dabei wird das Honorar bei Vertragsabschluss abschließend geregelt. Hierdurch entstehen ganz neue Risiken, deren Handling einseitig den Büros zugemutet wird. Welche Formulierungen, welche Ausprägungen, welche Bedingungen müssen beachtet werden bei einer Baukostenvereinbarung? Solche Vorschriften dienen nicht, wie von der Bundesregierung dargelegt, einer verstärkten betriebswirtschaftlichen Ausrichtung, sie bedingen diese vielmehr.

„... und Vertragsgestaltung ...“

Mit dem Stichwort Vertragsgestaltung trifft die Bundesregierung ins Schwarze. Mit dieser Einschätzung und Aufforderung landet sie einen Volltreffer im tagtäglichen Marktgeschehen. In der Tat ist es dringend erforderlich, dass sich die Büros mit den Ingenieurverträgen deutlich intensiver befassen müssen. Die Bundesregierung erkennt leider, dass dies a) nicht einseitig geschehen kann und b) die Büros zumeist an die Vertragsmuster der öffentlichen Hand gebunden sind. Neben den sehr ausgefuchsten Mustern der DB AG enthalten auch und gerade die Vertragsmuster für den Straßenbau (HVA-F-STB), für die Wasserwirtschaft (HIV-Was), für die Wasser- und Schifffahrtsverwaltung und die bayerischen Kommunen (HIV-KOM) teilweise stark nachteilige Formulierungen für die Büros. Die Liste ließe sich fast beliebig verlängern um kommunale Vertragsmuster u.v.m.

Die Bundesregierung erkennt die Schwerfälligkeit der öffentlichen Verwaltungen, wenn sie den Büros einseitig auferlegt, sich mehr um die Verträge zu kümmern. Dies stößt bei diesen nämlich schon seit Jahren auf offene Ohren. Aber was nützt die Erkenntnis, dass man einzelne Formulierungen oder gar ganze Passagen in den Verträgen eigentlich aus betriebswirtschaftlichen Gründen gar nicht unterschreiben dürfte, wenn man andererseits den Auftrag braucht und es zudem keine Möglichkeit auf Änderung des Vertragstextes gibt („haben wir immer schon so gemacht“). Wer schon einmal versucht hat, eine Vertragsklausel in den öffentlichen Mustern zu ändern oder lediglich zu streichen, weiß, wie schnell man dort an eine unüberwindliche Grenze stößt.

So wichtig es ist, sich mit den Verträgen auseinanderzusetzen, so wenig Einfluss haben gerade die Ingenieurbüros hierauf.

„... Stärkung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit ...“

Hier wird nun ein dickes Brett gebohrt. Will man Wettbewerbsfähigkeit stärken, muss zunächst eine Wettbewerbsfähigkeit vorhanden sein. Dies gilt für den nationalen Markt ebenso wie für internationale Märkte. Die Bundesregierung geht ganz offenbar davon aus, dass eine solche internationale Wettbewerbsfähigkeit vorhanden ist, und sie will mit der neuen HOAI 2009 erreichen, dass diese Wettbewerbsfähigkeit gestärkt wird. Es fällt schwer anzunehmen, dass dies ein ernsthaftes Anliegen der Bundesregierung darstellt. Sie müsste nämlich sonst annehmen, dass die deutschen Büros zwar international wettbewerbsfähig sind, aber Nachhilfe bei der betriebswirtschaftlichen Kalkulation und der Vertragsgestaltung benötigen. Sie müsste ferner annehmen, dass die internationalen Märkte solche Schwächen verzeihen, denn anders könnte eine Wettbewerbsfähigkeit ja nicht vorhanden sein. Es muss hier angenommen werden, dass bei der Bundesregierung keine wirklichen Erkenntnisse über internationale Märkte vorliegen. Schon im Jahr 2005 hatte der damalige VUBIC Verband Unabhängiger Ingenieure und Consultants e.V. die Bundesregierung mit einer Ausarbeitung darauf aufmerksam gemacht, dass ein profitabler Heimatmarkt notwendige Voraussetzung für eine erfolgreiche Teilnahme an internationalen Märkten darstellt. Seit Jahren aber ist der Heimatmarkt für Ingenieurbüros entweder defizitär oder

gerade so auskömmlich. Notwendige Gewinne zur Finanzierung der Auslandstätigkeit jedenfalls sind im Heimatmarkt nicht zu erzielen. Mittlere, größere und große deutsche Ingenieurbüros sagen aktuell einhellig, dass in Deutschland kein Geld mit Ingenieurleistungen verdient werden kann. Vielmehr würden die Auslandsprojekte die Inlandsaufträge subventionieren.

Auf der Basis solcher Erkenntnisse unterstellt nun die Bundesregierung, dass sie mit der neuen HOAI die internationale Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Ingenieurbüros stärkt. Sie betont dies und teilt gleichzeitig in der amtlichen Begründung zum neuen § 11 HOAI (2009) mit, dass die Zusammenfassung von Objekten zu einem einzigen Objekt richtig ist, „... auch wenn dies zum Teil Honorarverschlechterungen zur Folge hat ...“

Es hat schon fast sarkastische Züge mitzuteilen, dass weniger Honorar im Inland zur Stärkung des Auslandsgeschäfts führen wird, frei nach dem Motto „Not macht erfinderisch (und risikobereiter)“.

„ ... verstärkte Auslandsorientierung ...“

Seit einigen Jahren ist zu beobachten, dass Politiker und Ministerien die Ingenieurbüros auffordern, verstärkt in das Auslandsgeschäft einzusteigen. Dies ist leichter gesagt als getan. Auslandsmärkte zu erobern, ist ein mühsames, risikoreiches und teures Vorhaben. Hierzu benötigt man neben geeigneten und bereiten Mitarbeitern einen langen Atem und viel Kapital. Die Auslandstätigkeit eines Ingenieurbüros ist ein schwieriges Unterfangen, das erst nach jahrelanger Durststrecke ggf. wirtschaftlichen Erfolg beschert. In Deutschland gibt es eine große Zahl international sehr erfolgreicher Ingenieurgesellschaften. Diesen ist gemein, dass sie eine gewisse Mindestgröße haben. Hier kleine Büros aufzufordern, sich diesen Märkten zu widmen, und dies gar als Begründung für eine rein inländische Honorarordnung herzunehmen, grenzt an Wirtschaftsfivolität.

Fazit

Die neue HOAI 2009 ist ganz sicher nicht als eine ausgewogene Verordnung zur Befriedigung der berechtigten Interessen der Architekten und Ingenieure und ihrer Auftraggeber zu sehen. Der Duktus der Verordnung, der in der amtlichen Begründung (unter „A. Allgemeines, I. Ausgangslage und Zielsetzung“) nachzulesen ist (siehe oben), zeigt, dass es sich um eine rein politisch motivierte

Novellierung des Preisrechts handelt, die mit nicht ausgereiften Argumenten begründet wird. Gleichwohl ist anzunehmen, dass die Bundesregierung ihre Darstellung ernst meint und die Büros gut beraten sind, sich möglichst rasch von der HOAI zu entfernen; sie hat nämlich mit dieser 6. Novelle an Bedeutung verloren. Sichtbar wird dies insbesondere in der amtlichen Begründung zu § 7 Abs. 3 HOAI (neu):

§ 7 Abs. 3 lautet: „Die in dieser Verordnung festgesetzten Mindestsätze können durch schriftliche Vereinbarung in Ausnahmefällen unterschritten werden.“

Bislang hieß dies, die Mindestsätze konnten nur bei Verwandtschaft oder außergewöhnlich geringem Aufwand unterschritten werden.

Nach der amtlichen Begründung zu § 7 Abs. 3 (neu) hält hier eine ganz neue Betrachtung Einzug.

□ *Rechtsreferendar Frédéric Meilicke, Bonn*

Die Konkurrenz der Akteneinsichtsrechte

Informationsfreiheit vs. § 111 GWB?

Seit Einführung der Informationsfreiheitsgesetze (IFG) auf Landes- und Bundesebene berufen sich in Vergabeverfahren vermehrt Personen und Unternehmen auf den darin enthaltenen Anspruch auf Akteneinsicht. Nicht ohne Grund. Die Anforderungen der IFG sind geringer als die in § 111 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Es stellt sich die Frage, ob die IFG-Regelungen neben § 111 GWB gelten oder nur nachrangig Anwendung finden.

§ 111 Abs. 1 GWB räumt grundsätzlich allen Beteiligten eines Vergabeverfahrens einen Anspruch auf Akteneinsicht ein. Als „Beteiligte“ gelten dabei alle Personen oder Unternehmen, die nach § 109 GWB am Verfahren beteiligt sind. Das ist neben dem Antragsteller und dem Auftraggeber meist auch das Unternehmen, das den Zuschlag erhalten soll (Beigeladener). Das Einsichtsrecht betrifft dabei nicht nur die Akten des Auftraggebers, sondern sämtliche Unterlagen, die im Verfahren bei der Vergabekammer entstehen. Dieses Einsichtsrecht wird durch § 111 Abs. 2 GWB eingeschränkt. Die Vergabekammer kann sich auf wich-

„Enge Bindungen rechtlicher, wirtschaftlicher, sozialer, persönlicher Art können ausreichen; ein Ausnahmefall kann auch angenommen werden, wenn eine ständige Geschäftsbeziehung zwischen den Parteien besteht, z.B. ein Rahmenvertrag zwischen einem Unternehmen und einem Architekten.“ Wer damit alles gemeint sein kann, bleibt der Meinungsbildung des geneigten Lesers überlassen.

Je eher es den Büros gelingt, sich tatsächlich verstärkt ihren Ingenieurverträgen zuzuwenden, desto einfacher und erfolgreicher wird der Umgang mit der neuen HOAI werden. Es bleibt abzuwarten, ob die öffentlichen Auftraggeber bereit sein werden, diese Herausforderung anzunehmen und zusammen mit den Ingenieurbüros eine neue, für lange Zeit tragfähige Kultur für eine gemeinsame Arbeit zu entwickeln.

tige Gründe, insbesondere auf den Heimsschutz oder auf die Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen berufen, um eine beantragte Akteneinsicht einzuschränken oder gänzlich abzulehnen, wogegen gemäß § 111 Abs. 4 GWB die Beschwerde statthaft ist.

§ 111 GWB – Akteneinsicht

„(1) Die Beteiligten können die Akten bei der Vergabekammer einsehen und sich durch die Geschäftsstelle auf ihre Kosten Ausfertigungen, Auszüge oder Abschriften erteilen lassen.“