



**Bundesinstitut
für Bau-, Stadt- und
Raumforschung**

im Bundesamt für Bauwesen
und Raumordnung



BBSR-Online-Publikation Nr. 14/2019

**Rechtsgutachten und Handlungsempfehlungen
zu den Vergabeprozessen und
Vertragsgestaltungen im Bundeshochbau
aufgrund des Urteils des EuGH zur HOAI
vom 4. Juli 2019 (Rs. C-377/17)**

Das Projekt des Forschungsprogramms „Zukunft Bau“ wurde vom Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat (BMI) durchgeführt.

ISSN 1868-0097

IMPRESSUM

Herausgeber

Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung (BBSR)
im Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung (BBR)
Deichmanns Aue 31–37
53179 Bonn

Wissenschaftliche Begleitung

Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat (BMI)
Referat BW I 1 – Allgemeine Angelegenheiten des Bauwesens
Katharina Gäbel

Auftragnehmer

Kapellmann und Partner Rechtsanwälte mbB, Mönchengladbach
Prof. Dr. Heiko Fuchs, Mönchengladbach
Prof. Dr. Robin van der Hout, LL.M., Brüssel
Dr. Marc Opitz, Frankfurt am Main

Stand

August 2019

Vervielfältigung

Alle Rechte vorbehalten

Die vom Auftragnehmer vertretene Auffassung ist nicht unbedingt mit der des Herausgebers identisch.

Zitierweise

Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung (BBSR) im Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung (BBR) (Hrsg.): Rechtsgutachten und Handlungsempfehlungen zu den Vergabeprozessen und Vertragsgestaltungen im Bundeshochbau aufgrund des Urteils des EuGH zur HOAI vom 4. Juli 2019 (Rs. C-377/17), BBSR-Online-Publikation 14/2019, Bonn, September 2019.

Inhalt

1	Einführung	3
2	Das Urteil C-377/17 des EuGH vom 04.07.2019	3
3	Abstrakte Konsequenzen für das nationale Recht	4
3.1	Beseitigung des Vertragsverstoßes	5
3.2	Folgenbeseitigung.....	6
3.3	Folgen fehlender oder verspäteter Umsetzung.....	9
4	Konsequenzen für laufende oder bevorstehende Zivilklagen und damit Honoraranpassungsansprüche der Vertragsparteien.....	9
4.1	Rechtsnatur der HOAI und vom Urteil betroffene Normen.....	10
4.2	Mindest- oder Höchstsatzklagen.....	11
4.2.1	Bisherige nationale Rechtsprechung.....	11
4.2.2	Unmittelbare Wirkung des Art. 15 DLR	13
4.2.2.1	Grundsatz: Keine unmittelbare Horizontalwirkung von Richtlinienbestimmungen.....	13
4.2.2.2	Unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinienbestimmungen zwischen Privaten.....	14
4.2.2.3	Meinungsstand zur Abgrenzung der Fallgruppen	16
4.2.2.4	Jedenfalls Bindung der Gerichte.....	19
4.2.2.5	Zwischenergebnis.....	20
4.2.3	Sonderfall Honoraranpassung bei Stufenverträgen.....	20
4.3	Klagen auf vereinbartes HOAI-Honorar	21
4.4	Klagen auf Mindestsatz wegen Formverstoßes (§ 7 Abs. 5 HOAI).....	22
4.5	Klagen auf Anpassung der Vergütung nach § 650q Abs. 2 BGB.....	23
4.6	Klagen auf Honoraranpassung nach § 313 BGB.....	24
5	Konsequenzen für die öffentliche Auftragsvergabe.....	25
5.1	Die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen nach bisherigem Recht	25
5.1.1	Berücksichtigung der HOAI im Vergabeverfahren.....	25
5.1.2	Mindestsatzunterschreitung im Vergabeverfahren	27
5.2	Rechtslage nach der Entscheidung des EuGH v. 04.07.2019	29
5.2.1	Keine Berücksichtigung des verbindlichen Preisrechts der HOAI im Vergabeverfahren.....	29
5.2.2	Ungewöhnlich niedrige Angebote im Vergabeverfahren	30
5.2.3	Festlegung der Zuschlagskriterien.....	34
5.2.3.1	Grundsätzliches	34
5.2.3.2	Vergabe zum Festpreis.....	35
5.3	Laufende Vergabeverfahren	39
5.3.1	Handlungspflichten des öffentlichen Auftraggebers	39
5.3.2	Handlungsmöglichkeiten des öffentlichen Auftraggebers.....	42
5.4	Verpflichtung zur Kündigung bestehender Verträge?	43
5.4.1	Kein Fortbestand einer Vergaberechtsverletzung	43
5.4.2	Hilfsüberlegungen.....	45
5.4.2.1	Spruchpraxis des EuGH	45
5.4.2.2	Bewertung verbleibender Risiken	46
6	Anpassungsbedarf der RBBau-Vertragsmuster	49
6.1	Mögliche Vergütungsmodelle.....	49
6.2	Vorschlag für die Übergangsphase.....	50
7	Zusammenfassung Konsequenzen aus EuGH-Urteil für die Bundesbauverwaltung.....	50

1 Einführung

- 1 Die Bundesrepublik Deutschland, letztvertreten durch das Bundesinstitut für Bau-, Stadt- und Raumforschung (BBSR) im Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung (BBR) hat mit Werkvertrag vom 13.06.2019 Kapellmann und Partner Rechtsanwälte mbB beauftragt, ein Rechtsgutachten und Handlungsempfehlungen zu den Vergabeprozessen und Vertragsgestaltungen im Bundeshochbau aufgrund des seinerzeit noch erwarteten Urteils des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) im Vertragsverletzungsverfahren C-377/17 zu verfassen. Dieses Urteil wurde zwischenzeitlich am 04.07.2019 verkündet. Nachfolgend stellen wir unter Ziff. 2 zunächst das Urteil und seine tragenden Gründe vor. Unter Ziff. 3 erläutern wir die abstrakten Konsequenzen des Feststellungsurteils für das nationale Recht. Die Konsequenzen für laufende oder bevorstehende Zivilklagen und damit entsprechende Vergütungsanpassungsansprüche der Vertragsparteien erläutern wir unter Ziff. 4. In Ziff. 5 befassen wir uns mit den Konsequenzen für die öffentliche Auftragsvergabe. Ziff. 6 stellt den aus unserer Sicht bestehenden Anpassungsbedarf der RBBau-Vertragsmuster dar. Eine zusammenfassende Darstellung folgt dann abschließend in Ziff. 7. Dem vom EuGH festgestellten Vertragsverstoß ist in erster Linie durch legislative Maßnahmen (Anpassung der HOAI und ihrer Ermächtigungsgrundlage) abzuhelpfen. Dennoch ergeben sich unmittelbare Konsequenzen für die Bundeshochbauverwaltung, bis die legislativen Anpassungsvorgänge abgeschlossen sind. Diese Übergangsphase ist Gegenstand des nachfolgenden Gutachtens.

2 Das Urteil C-377/17 des EuGH vom 04.07.2019

- 2 Mit seinem Urteil C-377/17 vom 04.07.2019 hat der EuGH der Klage der Europäischen Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland stattgegeben und festgestellt, dass Deutschland dadurch gegen seine Verpflichtungen aus Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 Buchstabe g und Abs. 3 der Richtlinie 2006/123/EG (sog. Dienstleistungsrichtlinie) verstoßen hat, indem es verbindliche Mindest- und Höchstsätze für die Honorare für die Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren beibehalten hat. Nach Ansicht des EuGH hatte sich also bereits bei Inkrafttreten der Dienstleistungsrichtlinie für Deutschland Handlungsbedarf dergestalt ergeben, das seinerzeit schon bestehende verbindliche Preisrecht der HOAI europarechtskonform, insbesondere verhältnismäßig auszugestalten.
- 3 Der EuGH ist damit den Schlussanträgen des Generalanwalts *Szpunar* weitgehend gefolgt, der am 28.02.2019 dem Gerichtshof empfahl, die Regelungen der HOAI zu zwingenden Mindest- und Höchstsätzen für europarechtswidrig zu erklären. Dieser hatte allerdings weniger als der EuGH zwischen Mindest- und Höchstpreisen differenziert und insgesamt weniger Verständnis für die deutsche Position erkennen lassen. Der Gerichtshof hingegen scheint größeren Spielraum bei der erforderlich gewordenen Neugestaltung der deutschen Rechtslage zu sehen.
- 4 Zunächst allerdings verwirft der Gerichtshof von vorneherein das Argument, dass die Dienstleistungsrichtlinie schon nicht auf innerstaatliche Sachverhalte anwendbar sei (siehe Rz. 56 f.). Denn dies hatte der EuGH bereits in der Vergangenheit anders entschieden.¹ Das Argument hatte daher von Beginn an wenig bis keine Aussicht auf Erfolg.

¹ Siehe *EuGH* Urt. v. 30.01.2018 – X und Visser, C-360/15 und C-31/16, NVwZ 2018, 307.

- 5 Im Weiteren bejaht der Gerichtshof zwar generell Einschränkungsmöglichkeiten des Art. 15 aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls durch die Mitgliedstaaten (Rz. 59 f.). Er betont jedoch, dass diese nicht diskriminierend sein dürfen und aufgrund eines zwingenden Grundes des Allgemeininteresses erforderlich und verhältnismäßig sein müssen. Es kam dem Gerichtshof also vor allem auf eine überzeugende Begründung der Einschränkungen an.
- 6 Zwar gab es vorliegend weder eine direkte noch indirekte Diskriminierung von Dienstleistungserbringern aus anderen Mitgliedsstaaten durch die Bundesrepublik. Jedoch verneint der EuGH im Ergebnis die Verhältnismäßigkeit der Beschränkung durch die deutsche Regelung und unterscheidet dabei zwischen den Mindest- und den Höchstsätzen.
- 7 Bezüglich der Mindestsätze konnte nach Auffassung des Gerichtshofs im Ergebnis keine Geeignetheit nachgewiesen werden. In der Begründung weicht der EuGH aber deutlich von der Argumentation der Kommission und des Generalanwalts ab. Die Geeignetheit müsse nicht zwingend durch empirische Beweise nachgewiesen werden (Rz. 65). Die Bundesregierung habe hinreichend dargetan, dass im Hinblick auf die Besonderheiten des fraglichen Marktes und der in Rede stehenden Dienstleistungen die Gefahr bestehen könne, dass die in der Bundesrepublik tätigen Erbringer von Planungsleistungen im Bauwesen in einem Konkurrenzkampf stehen, der zu Billigangeboten und durch „adverse Selektion“ sogar zur Ausschaltung von Qualitätsleistungen anbietenden Wirtschaftsteilnehmern führen könne. In diesem Zusammenhang könne die Festsetzung von Mindestpreisen dazu beitragen, diese Gefahr zu begrenzen, indem verhindert werde, dass Leistungen zu Preisen angeboten würden, die langfristig nicht die Qualität dieser Leistungen gewährleisten könnten. Der deutsche Vortrag sei jedoch inkohärent gewesen, da in Deutschland Planungsleistungen von Dienstleistern erbracht werden können, die nicht ihre entsprechende fachliche Eignung nachgewiesen haben. Somit konnte das mit den Mindestsätzen verfolgte Ziel, eine hohe Qualität von Planungsleistungen zu erhalten, nicht in kohärenter Weise nachgewiesen werden. Denn nach dem EuGH sind derartige Mindestsätze nicht geeignet, ein solches Ziel zu erreichen, wenn für die Vornahme der Leistungen, die diesen Mindestsätzen unterliegen, nicht selbst Mindestgarantien gelten, welche die Qualität dieser Leistungen gewährleisten sollen (siehe Rz. 92 f.).
- 8 Demgegenüber sieht der EuGH die Höchstsätze als geeignet an, den Verbraucherschutz sicherzustellen, indem die Transparenz der von den Dienstleistungserbringern angebotenen Preise erhöht wird und diese daran gehindert werden, überhöhte Honorare zu fordern. Jedoch habe es Deutschland nicht vermocht darzulegen, weshalb die von der Kommission als weniger einschneidend vorgeschlagenen Maßnahmen nicht hätten ergriffen werden können. Im Ergebnis betrachtet der EuGH daher die Höchstsätze im Hinblick auf das Ziel als nicht verhältnismäßig (Rz. 95).
- 9 Aus alledem folgert der Gerichtshof, dass die Bundesrepublik Deutschland dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 Buchst. g und Abs. 3 der Richtlinie 2006/123/EG verstoßen hat, dass sie verbindliche Honorare für die Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren beibehalten hat. Durch die Feststellung des Verstoßes gegen die sekundärrechtliche Norm des Artikels 15 der Dienstleistungsrichtlinie bedurfte es keiner weiteren Prüfung, ob die insofern subsidiäre Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV ebenfalls verletzt wurde.

3 Abstrakte Konsequenzen für das nationale Recht

- 10 Bei dem Urteil in einem Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 260 Abs. 1 AEUV handelt es sich um ein Feststellungsurteil: Im Falle der Verurteilung des Mitgliedsstaates stellt der Gerichtshof in seiner Entscheidung zunächst nur fest, dass der

Mitgliedsstaat gegen das Unionsrecht verstoßen hat.² Diese Feststellung ist für die Beteiligten des Verfahrens bindend (Bindungswirkung „inter partes“).³ Der EuGH wird den Mitgliedsstaat allerdings in aller Regel nicht konkret zur Behebung des Vertragsverstoßes verpflichtet oder die angegriffene Maßnahme von sich aus aufheben oder ändern.⁴ Selbst wenn der EuGH in seinem Urteil Hinweise zur Behebung des Vertragsverstoßes gibt, sind diese für den Mitgliedsstaat nicht unmittelbar verbindlich.⁵ Vielmehr ist der Mitgliedstaat lediglich dazu verpflichtet, die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um den Vertragsverstoß abzustellen und verfügt insofern über ein Ermessen. Er ist lediglich auf das Ziel und dessen effektive Erreichung verpflichtet.

- 11 Vorliegend hat der EuGH die Unionsrechtswidrigkeit der preisrechtlich durch die HOAI verbindlich vorgegebenen Mindest- und Höchstvergütungssätze festgestellt. An der Wirksamkeit der HOAI ansonsten ändert dieses Feststellungsurteil zunächst nichts, da der EuGH für nationale Normen kein Verwerfungsrecht hat.⁶ Es liegt somit grundsätzlich in der vertraglichen Gestaltungsfreiheit der Parteien, die Regelungen der HOAI auch nach dem Urteil als Vergütungsgrundlage weiter heranzuziehen.

3.1 Beseitigung des Vertragsverstoßes

- 12 Für den verurteilten Mitgliedsstaat folgt aus dem Urteil die Verpflichtung, dem festgestellten Vertragsverstoß alsbald und effektiv abzuwehren. Das heißt, wenn der Gerichtshof die Europarechtswidrigkeit einer nationalen Norm feststellt, ergibt sich weiterhin nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH das Verbot, vertragswidrige nationale Vorschriften weiter anzuwenden bzw. die Pflicht, das Urteil auf nationaler Ebene durchzusetzen (EuGH, Rs.225/86, „KOM/Italien“).⁷

„Aus der Feststellung eines Vertragsverstoßes folgt für den verurteilten Mitgliedsstaat gemäß Art. 260 Abs. 1 AEUV die Pflicht, den Verstoß zu beenden. Diese Pflicht trifft sämtliche Stellen des verurteilten Staates.“⁸

(Hervorhebung hinzugefügt)

- 13 Alle staatlichen Organe einschließlich der Gerichte⁹ sind somit verpflichtet, sofort nach Verkündung des Urteils alle Maßnahmen ins Werk zu setzen, die zur Beseitigung des in Frage stehenden Verstoßes erforderlich sind.¹⁰ Mit dem Unionsrecht unvereinbare Gesetze müssen daher so schnell wie möglich aufgehoben oder geändert werden. Solange die vom Gerichts-

² Schwarze/Wunderlich, in: Schwarze, EU-Kommentar, 4. Aufl. 2019, Art. 260 AEUV Rn. 3.

³ Wunderlich, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 260 Rn. 4.

⁴ Karpenstein, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 66. EL 2019, Art. 260 AEUV Rn. 4.

⁵ Karpenstein, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 66. EL 2019, Art. 260 AEUV Rn. 6.

⁶ Ehrlicke, in: Streinz, AEUV, 3. Aufl., 2018, Art. 260 Rn. 1.

⁷ EuGH Ur. v. 27.04.1988 - Rs. C-225/86 (KOM/Italien); Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 8. Aufl. 2018, §13 Rn. 26.

⁸ Cremer, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 260 AEUV Rn. 4.

⁹ Herrmann/Michl, JuS 2009, 1065 (1068); Herrmann, EuZW 2007, 69 (70).

¹⁰ Karpenstein, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 66. EL 2019, Art. 260 AEUV Rn. 10; Cremer, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 260 AEUV Rn. 5.; Wunderlich, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 260 Rn. 6.

hof für vertragswidrig erklärte nationale Norm noch nicht aufgehoben ist, haben die Gerichte des betroffenen Staates gegebenenfalls die Pflicht, die Beachtung des Urteils ihrerseits sicherzustellen und den Anwendungsvorrang des Unionsrechts durchzusetzen, also die fragliche Norm unangewendet zu lassen.

- 14 *EuGH*, verb. Rs. C-314-316/81 und C-83/82, Rn. 14 (Procureur de la République / Waterkeyn):

„Gemäß diesen Bestimmungen haben alle Organe des betreffenden Mitgliedsstaats die Pflicht, in ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich die Durchführung des Urteils des Gerichtshofs zu gewährleisten. Stellt das Urteil die Unvereinbarkeit bestimmter Rechtsvorschriften eines Mitgliedsstaats mit dem Vertrag fest, so hat dies für die an der Ausübung der gesetzgebenden Gewalt beteiligten Stellen die Verpflichtung zur Folge, die fraglichen Bestimmungen so zu ändern, dass sie den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts entsprechen. Die Gerichte des betreffenden Staates haben ihrerseits die Pflicht, bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben die Beachtung des Urteils sicherzustellen.“

- 15 Für die Bundesrepublik Deutschland folgt aus Art. 260 Abs. 1 AEUV daher vorliegend die Pflicht, das zwingende Preisrecht der HOAI unangewendet zu lassen. Solange der Gesetzgeber nicht tätig wird, bleibt die HOAI ansonsten aber wirksames deutsches Recht.

3.2 Folgenbeseitigung

- 16 Ob und inwieweit das Urteil nach Art. 260 Abs. 1 AEUV auch Rechtswirkungen ex tunc entfaltet, ist noch nicht abschließend geklärt, da sich der EuGH hierzu noch nicht eindeutig geäußert hat.¹¹ Umstritten ist insbesondere, ob der verurteilte Mitgliedsstaat aufgrund von Art. 260 Abs. 1 AEUV auch zur Folgenbeseitigung verpflichtet ist.¹²
- 17 Ein Teil der Lehre befürwortet eine solche umfassende Pflicht zur Folgenbeseitigung mit der Begründung, das Vertragsverletzungsverfahren hätte als Funktion die Wiederherstellung des vertragsgemäßen Zustands, und eine solche könne nur erreicht werden, wenn sämtliche Folgen des Vertragsverstoßes zu beseitigen sind, um den Vertragsverstoß als ungeschehen erscheinen zu lassen. Ansonsten könne der Mitgliedsstaat auch aus seinem vertragswidrigen Verhalten über Jahre hinweg weitere Vorteile ziehen. Diese Ansicht beruft sich hierbei u.a. auf ein EuGH-Urteil zum EGKS-Vertrag, in dem der Gerichtshof ausgeführt hatte, der Mitgliedstaat sei verpflichtet, „sowohl diesen Akt rückgängig zu machen als auch die möglicherweise durch ihn verursachten rechtswidrigen Folgen zu beheben“.¹³
- 18 Gegen diese Ansicht spricht jedoch, dass seit der Entscheidung *Francovich* die Verpflichtung des Mitgliedstaats zum Schadensersatz gerade nicht aus Art. 260 Abs. 2 AEUV, sondern aus dem Grundsatz der praktischen Wirksamkeit (*effet utile*) hergeleitet wird. Eine solche Ableitung eines selbstständigen Entschädigungs- bzw. Folgenbeseitigungsanspruches aus Art. 260 Abs. 1 AEUV wird daher von der überwiegenden Ansicht der Literatur zu Recht abgelehnt.¹⁴

¹¹ Wunderlich, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 260 Rn. 7.

¹² Schwarze/Wunderlich, in: Schwarze, EU-Kommentar, 4. Aufl., Art. 260 AEUV Rn. 7.

¹³ *EuGH* Ur. v. 16.12.1960 - Rs. 6/60, Slg. 1960, 1163, 1185.

¹⁴ Cremer, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 260 AEUV Rn. 7; Karpenstein, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 66. EL 2019, Art. 260 AEUV Rn. 8.

- 19 Anders stellt sich die Situation aber dar, wenn der feststellende Tenor des Urteils ausdrücklich auch die Folgen des Vertragsverstoßes mit einbezieht, so z.B. im EU-Beihilfen- und Vergaberecht.¹⁵

„Art. 260 Abs. 1 AEUV ist insoweit wörtlich zu nehmen, d.h. es sind diejenigen Maßnahmen zu treffen, die sich aus dem Urteilstenor ergeben. Beschränkt sich dieser – wie in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle – auf die Charakterisierung eines bestimmten Verhaltens als vertragswidrig, so ist dem Urteil unionsrechtlich gesehen mit einer ex-nunc Behebung der Vertragsverletzung Genüge getan. Demgegenüber trifft die Mitgliedsstaaten gemäß Art. 260 Abs. 1 AEUV eine objektive Folgenbeseitigungspflicht, wenn Gegenstand des Vertragsverstoßverfahrens gerade und speziell auch die Nichtbeseitigung der Verstoßfolgen geworden ist. Wird die Vertragswidrigkeit hingegen darin gesehen, dass ein bestimmtes Verhalten über einen längeren Zeitraum bestand, so kann dies je nach Umständen des Falles eine Verpflichtung zur Beseitigung der tatsächlichen Folgen, zur rückwirkenden Aufhebung der beanstandeten Maßnahme oder zum rückwirkenden Inkraftsetzen eines unterlassenen Gesetzes auslösen.“¹⁶

(Hervorhebung hinzugefügt)

- 20 Im Beihilfenrecht enthält der Tenor des Urteils neben der Feststellung der Unionswidrigkeit der Beihilfe zumeist auch die Feststellung, dass der Mitgliedstaat dadurch gegen seine vertraglichen Verpflichtungen verstoßen hat, dass er der vorangehenden Kommissionsentscheidung nicht nachgekommen ist, welche bereits eine Beihilferechtswidrigkeit einer Maßnahme festgestellt hatte. Daraus folgt für den verurteilten Mitgliedstaat auch die Verpflichtung, die unionsrechtswidrige Beihilfe zurück zu fordern und die Folgen des Beihilfenverstoßes rückwirkend zu beseitigen.¹⁷
- 21 Auch für die Fälle der unionswidrigen Vergabe öffentlicher Aufträge hat der Gerichtshof die Verpflichtung des Mitgliedstaates zur Aufhebung des vergaberechtswidrig zustande gekommenen Vertrags bereits positiv festgestellt. Der verurteilte Mitgliedstaat muss ausreichende Maßnahmen ergreifen, um dem EuGH-Urteil nachzukommen:

„Daher ist festzustellen, dass die durch die Missachtung der Bestimmungen der Richtlinie 92/50/EWG erfolgte Beeinträchtigung des freien Dienstleistungsverkehrs während der gesamten Dauer der Erfüllung der unter Verstoß gegen diese Richtlinie geschlossenen Verträge fort dauert. Im vorliegenden Fall wirken die nach Ansicht der Kommission unter Verstoß gegen die Bestimmungen der Richtlinie 92/50/EWG geschlossenen Verträge jahrzehntelang weiter fort.“¹⁸

(Hervorhebung hinzugefügt)

¹⁵ *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 66. EL 2019, Art. 260 AEUV Rn. 15; *Wunderlich*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 260 Rn. 9.

¹⁶ *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 66. EL 2019, Art. 260 AEUV Rn. 15.

¹⁷ *Karpenstein*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 66. EL 2019, Art. 260 AEUV Rn. 16.

¹⁸ *EuGH* Ur. v. 10.04.2003- verb. Rs. C-20/01 und C-28/01, Rn.36 f., ZfBR 2003, 592.

„Öffentliche Auftraggeber müssen vergaberechtswidrige Verträge beenden, da der Verstoß gegen Unionsrecht in diesen Fällen andauert, bis die Erfüllung der Verträge abgeschlossen ist.“¹⁹

(Hervorhebung hinzugefügt)

- 22 Der Gerichtshof hatte in der Rechtssache C-126/03 auf den Vortrag der deutschen Regierung als beklagter Mitgliedstaat, im Falle einer Verurteilung nicht verpflichtet zu sein, bereits geschlossene Verträge zu kündigen, zunächst nur ausgeführt: „Hierzu genügt der Hinweis, dass zwar der Gerichtshof im Rahmen des Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 226 EG nur festzustellen hat, dass eine gemeinschaftliche Vorschrift verletzt wurde, dass aber nach Art. 228 Absatz 1 EG der betreffende Mitgliedstaat die Maßnahmen zu ergreifen hat, die sich aus dem Urteil des Gerichtshofs ergeben.“²⁰
- 23 In einem späteren Urteil in der Rs. C-503/04 hat der Gerichtshof konkret entschieden was das Urteil für den verurteilten Mitgliedstaat im Einzelnen bedeutet. Danach hat der betreffende Mitgliedsstaat die Maßnahmen zu ergreifen, die sich aus dem Urteil des Gerichtshofs ergeben. Es sei auch gerade die Sache des jeweiligen Mitgliedsstaats, die Schritte zu ergreifen, die sich nach seiner Ansicht aus dem die Vertragsverletzung feststellenden Urteil ergeben, sowie die Angemessenheit dieser Schritte zu rechtfertigen, wenn sie von der Kommission in Frage gestellt werden. Vergaberechtswidrig abgeschlossene Dienstleistungsaufträge müssen dann von den öffentlichen Auftraggebern der Mitgliedstaaten gekündigt bzw. aufgehoben werden.
- 24 Es wird gefolgert, dass der öffentliche Auftraggeber dann zur außerordentlichen Kündigung nach § 313 bzw. § 314 BGB (ggf. analog) berechtigt und nach Art. 260 Abs. 1 AEUV verpflichtet ist.²¹ Dabei ist allerdings zu beachten, dass sich der Bieter auf die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit berufen kann, mithin Schadensersatzansprüche gegen den Mitgliedstaat infolge der vorzeitigen Vertragsbeendigung möglich sind. Der Mitgliedstaat hingegen kann diese Einwände nicht geltend machen, um die Nichtdurchführung eines die Vertragsverletzung feststellenden Urteils zu rechtfertigen und sich dadurch seiner unionsrechtlichen Verantwortung zu entziehen.²²
- 25 Aus dieser Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Vertragsverletzungen wegen vergaberechtswidriger Verträge lässt sich nach Ansicht der Literatur jedoch zutreffender Weise keine in Art. 260 Abs. 1 AEUV fundierte allgemeine Pflicht der Mitgliedstaaten zur Rückabwicklung der betreffenden Verträge ableiten.²³ Vielmehr handelt es sich hier um Sonderkonstellationen, die in aller Regel bereits entsprechenden Niederschlag im Tenor des Urteils finden.

¹⁹ *EuGH* Ur. v. 10.04.2003, verb. Rs. C-20/01 und C-28/01, Rn.36 f., *ZfBR* 2003, 592; *EuGH* Ur. v. 09.09.2004, C-125/03, Rn. 12 f., *ZfBR* 2005, 199; *EuGH* Ur. v. 03.03.2005 - C-414/03, Rn.7, *EuZW* 2005, 320; *EuGH* Ur. v. 18.07.2007 - C-503/04, Rn.33 ff., *EuZW* 2007, 514; *Cremer*, in: *Callies/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar*, 5. Aufl. 2016, Art. 260 AEUV Rn. 5. Eine Pflicht zur Vertragsbeendigung hingegen ablehnend: *Heuvels*, *NZBau* 2005, 32 ff.

²⁰ *EuGH* Ur. v. 18.11.2004 - C-126/03, *NJW-Spezial* 2005, 74 = *ZfBR* 2005, 205.

²¹ *Wunderlich*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl. 2015, Art. 260 Rn. 10; *Karpenstein*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU*, 66. EL 2019, Art. 260 AEUV Rn. 18.

²² *EuGH* Ur. v. 18.07.2007 – C-503/04, Rn. 36, *NZBau* 2007, 596 Rn. 36; *Jennert/Räuchle*, *Beendigungspflicht für vergaberechtswidrige Verträge*, *NZBau* 09/2007, 555; *Wunderlich*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl. 2015, Art. 260 Rn. 10.

²³ *Cremer*, in: *Callies/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar*, 5. Aufl. 2016, Art. 260 AEUV Rn. 7.

3.3 Folgen fehlender oder verspäteter Umsetzung

- 26 Die Kommission ist als zuständige Aufsichtsbehörde dafür zuständig zu überwachen, dass der Mitgliedstaat im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens das Urteil des EuGH zutreffend und effektiv umsetzt. Dazu ist es üblich, dass der Mitgliedstaat die Kommission über das geplante Vorgehen und die dann tatsächlich durchgeführten Schritte informiert und auf dem Laufenden hält. Durch ein kooperatives Verhalten kann zumeist auch einem Einschreiten der Kommission vorgebeugt und so der Ermessensspielraum des Mitgliedstaates gewahrt werden. Sollte die Kommission hingegen zu der Überzeugung gelangen, dass der Mitgliedstaat das Urteil des EuGH nicht oder nicht ausreichend umsetzt, kann sie nach eigenem Ermessen handeln, um den Mitgliedstaat zu konkreten Handlungen aufzufordern.
- 27 Führt dies aus ihrer Sicht nicht zu Erfolg, kann die Kommission Abhilfe durch den Mitgliedstaat in dem durch den Gerichtshof festgestellten Umfang förmlich fordern und letztendlich ein Zwangsgeldverfahren einleiten, wenn der Mitgliedstaat es versäumt, entsprechende Maßnahmen zu ergreifen. Hierzu kann die Kommission bei fehlender oder verspäteter Umsetzung des Urteils wegen der Verletzung der Pflicht aus Art. 260 Abs. 1 AEUV ein zweites Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV einleiten, nachdem sie dem Mitgliedstaat zuvor die Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat. Aufgrund des Abs. 2 des Art. 260 AEUV kann der EuGH nicht nur die Nichtbefolgung des ersten Urteils feststellen, sondern den Mitgliedstaat auch zur Zahlung eines Pauschalbetrages oder Zwangsgeldes verurteilen (sog. Follow-up-Verfahren).²⁴ Hierbei handelt es sich aber in der Praxis um ein bislang eher seltenes Szenario, da in aller Regel die Mitgliedsstaaten den Vorgaben eines EuGH-Urteils ausreichend nachkommen und eine weitere Auseinandersetzung mit der Kommission zu vermeiden suchen.

4 Konsequenzen für laufende oder bevorstehende Zivilklagen und damit Honoraranpassungsansprüche der Vertragsparteien

- 28 Das verbindliche Preisrahmenrecht aus § 7 Abs. 1 HOAI hat bis zum Urteil des EuGH vom 04.07.2019 insbesondere in zwei Konstellationen zu Zivilklagen zwischen dem Architekten oder Ingenieur auf der einen und dem privaten oder öffentlichen Auftraggeber auf der anderen Seite eine Rolle gespielt. Ausgangspunkt hierfür war stets eine formwirksame (schriftlich und bei Auftragserteilung, vgl. § 7 Abs. 1 HOAI) Honorarvereinbarung der Parteien, die entweder den Mindestsatz unterschritten oder den Höchstsatz überschritten hat. Im ersten Fall war es der Architekt oder Ingenieur, der abweichend von der Honorarvereinbarung den Mindestsatz eingeklagt hat (sog. „Aufstockungsklagen“), im zweiten Fall der Auftraggeber, der allenfalls den Höchstsatz zahlen wollte und mit dieser Begründung entweder einer darüber hinausgehenden Honorarklage des Architekten oder Ingenieurs entgegengetreten ist oder diesen selbst aufgrund einer Überzahlung gerichtlich in Anspruch genommen hat (sog. „Höchstsatzklagen“). Wie derartige anhängige oder zukünftige Klagen nach dem Urteil des EuGH vom 04.07.2019 zu entscheiden sein werden, ist durch den EuGH oder die nationalen Gerichte bislang nicht abschließend geklärt. Davon sollten die Parteien eines Planervertrags aber in der Übergangsphase bis zu einer Änderung der HOAI abhängig machen, ob sie Honoraranpassungsbegehren außergerichtlich akzeptieren bzw. geltend machen. Noch nicht geklärt sind auch die Folgefragen, wie Zivilklagen auf das nach den Berechnungsparametern der HOAI formwirksam vereinbarte (Mindestsatz-) Honorar zu entscheiden sind, ob die Formvorschriften des § 7 Abs. 1 HOAI und die in Abs. 5 dieser Vorschrift

²⁴ Cremer, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 5. Aufl. 2016, Art. 260 AEUV Rn. 9 f.

geregelt Rechtsfolge, die unwiderlegliche Vermutung der Vereinbarung des Mindestsatzes, weiterhin gelten und ob die Vergütungsanpassung nach § 650q Abs. 2 BGB nach Änderungsanordnungen des Auftraggebers nach § 650q Abs. 1 i.V.m. § 650b Abs. 2 Satz 1 BGB aufgrund des Verweises auf die HOAI noch zulässig ist.

4.1 Rechtsnatur der HOAI und vom Urteil betroffene Normen

- 29 Die vom EuGH in seinem Urteil vom 04.07.2019 festgestellte Vertragsverletzung der Bundesrepublik Deutschland liegt ausweislich des Urteilstenors darin, dass sie dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 15 der Dienstleistungsrichtlinie verstoßen hat, dass sie verbindliche Honorare für Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren beibehalten hat. Der EuGH beanstandet also nicht die HOAI als solche, sondern lediglich den von ihr vorgegebenen Preisrahmen. Dieser ist in § 7 Abs. 1 HOAI wie folgt geregelt:

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

(Hervorhebung hinzugefügt)

- 30 Die HOAI ist keine Anspruchsgrundlage, sondern nur eine die Preisvereinbarung der Parteien beschränkende preisrahmenrechtliche Eingriffsregelung.²⁵ Das Bestehen eines Honoraranspruchs „dem Grunde nach“ eröffnet also erst den Anwendungsbereich des § 7 HOAI und richtet sich nach der zwischen den Parteien getroffenen Vergütungsvereinbarung. Die in § 7 Abs. 1 HOAI formulierte Maßgeblichkeit der getroffenen Honorarvereinbarung gilt selbst für den Honoraranspruch „der Höhe nach“: Wenn die Parteien (formgerecht) ein „Berechnungshonorar nach HOAI“ vereinbaren, wie dies aktuell in Ziff. 10.1 der RBBau Vertragsmuster vorgesehen ist, dann ist und bleibt Anspruchsgrundlage dem Grunde wie der Höhe nach diese von § 650q Abs. 1 i.V.m. § 631 BGB mit Rechtswirksamkeit versehene Honorarvereinbarung. Das sich dann über den Berechnungsweg gemäß § 6 HOAI ergebende Honorar ist nicht etwa „kraft HOAI“ bzw. *ex lege* maßgeblich, sondern weil die Parteien diesen Honorarermittlungsweg rechtsgeschäftlich vereinbart haben. § 7 Abs. 1 HOAI wirkt in seiner preisrechtlichen Komponente ausschließlich als Preisrahmen- und damit Preiskontrollrecht: Hält sich das vereinbarte Honorar, ob als Pauschale, Aufwandsvergütung oder (ggf. modifiziertes) Berechnungshonorar, im Rahmen der objektiv zu ermittelten Mindest- und Höchstsatzgrenzen, so bleibt die (formgerecht) getroffene Vereinbarung zur Honorarhöhe wirksam, mag sie auch nicht dem sich nach § 6 HOAI ergebenden „richtigen“ Berechnungshonorar entsprechen. Nur wenn und soweit die (formgerecht) getroffene Pauschalhonorarvereinbarung die preisrechtlichen Grenzen über- bzw. unterschreitet, ohne dass ein Ausnahmefall nach Abs. 3 und 4 vorliegt, wird die Honorarhöhe unmittelbar durch Preisrecht festgelegt.²⁶ § 7 Abs. 5 HOAI ist für den materiellen Preisrechtsverstoß nicht relevant; dort sind vielmehr ausschließlich die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die ebenfalls in § 7 Abs. 1 HOAI enthaltenen Formvorgaben (schriftlich und bei Auftragserteilung) geregelt.²⁷ Der aus den Mindest- und Höchstsätzen gebildete Preisrahmen des § 7 Abs. 1 HOAI ist objektiv und unabhängig von der Honorarvereinbarung der Parteien zu bestimmen. Zu fragen ist also, wie hoch das gerade noch zulässige Honorar ist, das sich objektiv unter

²⁵ BGHZ 133, 399 = NJW 1997, 586; ausf. *Berger* in Fuchs/Berger/Seifert, HOAI § 7 Rn. 11 ff.

²⁶ BGHZ 133, 399 = NJW 1997, 586.

²⁷ Ausf. *Berger*, in: Fuchs/Berger/Seifert, HOAI § 7 Rn. 34 ff.; vgl. auch *BGH*, NZBau 2008, 65.

Zugrundelegung der Mindest- oder Höchstsätze aus den sonstigen Berechnungsregelungen der HOAI ergibt. Dieser Preisrahmen ist dann im Wege des sog. Gesamtvergleichs²⁸ mit der vertraglichen Vergütungsvereinbarung (nach hier vertretener Auffassung einschließlich der preisfreien Leistungen) zu vergleichen. Nur soweit diese Honorarvereinbarung die Mindestsätze unter- oder die Höchstsätze überschreitet, wird sie auf die Mindestsätze angehoben bzw. die Höchstsätze reduziert.

- 31 Gegebenenfalls unanwendbar wäre also ausschließlich der in § 7 Abs. 1 HOAI geregelte Preisrahmen, ggf. auch die ohne diesen Preisrahmen ohnehin nicht mehr anwendbaren Ausnahmenvorschriften der Absätze 3 und 4. Dies gilt auch für andere Normen der HOAI, in denen die Verbindlichkeit des Preisrahmens angesprochen wird, wie bspw. § 3 Abs. 1 Satz 1 HOAI. Unberührt bleiben demgegenüber sämtliche anderen Regelungen der HOAI, wie insbesondere die Formvorschriften und deren Rechtsfolgen. Ferner unberührt bleiben auch vertragliche Vereinbarungen, die zur Bestimmung der vom Architekten oder Ingenieur zu erbringenden Leistungen auf die Leistungsbilder der HOAI verweisen. Denn sowohl von Art. 15 Abs. 2 Buchst. g) der Dienstleistungsrichtlinie als auch vom EuGH-Urteil vom 04.07.2019 werden ausschließlich preisrechtliche Bestimmungen erfasst, keine wo auch immer hergeleiteten Vereinbarungen der Parteien zur Gegenleistung, hier also der Planungs- und Überwachungsleistungen.

4.2 Mindest- oder Höchstsatzklagen

- 32 Die Frage, ob sich das EuGH-Urteil vom 04.02.2019 oder das noch beim EuGH anhängige Vorabentscheidungsverfahren des *LG Dresden*²⁹ auf bereits anhängige Mindest- oder Höchstsatz(begrenzungs)klagen auswirken, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten und noch nicht abschließend geklärt.

4.2.1 Bisherige nationale Rechtsprechung

- 33 Nach deutlich vor dem Urteil des EuGH vom 04.07.2019 verkündeter Ansicht des *OLG Naumburg*³⁰ sei ein Zivilrechtsstreit wegen des Vertragsverletzungsverfahrens vor dem EuGH nicht auszusetzen, da sich für den Einzelnen aus dem Urteil keine unmittelbaren Wirkungen ergeben würden. Ein klagestattgebendes Urteil hätte rein feststellenden Charakter und beschränke sich auf die Bezeichnung der Unionsrechtsverletzung. Das Urteil würde es dem verurteilten Mitgliedsstaat überlassen, durch die zuständigen Organe diejenigen Maßnahmen zu ergreifen, die geeignet sind, den gerügten Verstoß aus der Welt zu räumen. Weiter wurde in dem Urteil ausgeführt:

„Der Charakter als Feststellungsurteil und die reine Ordnungsfunktion des Vertragsverletzungsverfahrens zeigen, dass eine den einzelnen Unionsbürger berührende Rechtswirkung von einem klagestattgebenden Urteil nicht ausgeht. Zuletzt spricht die Zukunftsgerichtetheit der (unterstellt erfolgenden) Feststellung einer Vertragsverletzung gegen eine Aussetzung; der Mitgliedsstaat hat

²⁸ Vgl. hierzu ausf. *Fuchs*, NZBau 2017, 123 ff.: Vergleich des Preisrahmens für Grundleistungen mit der gesamten Honorarvereinbarung einschließlich preisfreier Leistungen; a.A. *Koebler*, NZBau 2017, 456: Vergleich nur Preisrahmen mit Honorarvereinbarung für Grundleistungen, im Übrigen bleiben die Honorarvereinbarungen unberührt.

²⁹ *LG Dresden* Beschl. v. 08.02.2018 – 6 O 1751/15, IBR 2019, 384; das Vorabentscheidungsverfahren wird beim *EuGH* unter dem Az. Rs. C-137/18 geführt.

³⁰ *OLG Naumburg*, NJW-RR 2017, 1231.

für die Zukunft (weitere) Vertragsverletzungen zu unterbinden. Das spricht deutlich gegen einen Einfluss auf zivilrechtliche Rechtsstreitigkeiten zwischen EU-Bürgern (die Beklagte agiert vorliegend wie ein privater Auftraggeber), die in der Vergangenheit begründeten Honorarforderungen aus abgeschlossenen Verträgen zum Gegenstand haben. Mit dieser Wertung im Einklang steht der Umstand, dass es eine horizontale Direktwirkung von Richtlinien (unmittelbare Anwendung im Verhältnis Privater zueinander) nicht gibt.“

(Hervorhebung hinzugefügt)

- 34 Dieser Auffassung haben sich (ebenfalls vor Verkündung des EuGH-Urteils vom 04.07.2019) weitere nationale Gerichte angeschlossen.³¹ Anderer Ansicht war hingegen das *LG Dresden*³² und hat das Verfahren ausgesetzt:

„Erweisen sich allerdings die nationalen Regelungen als unionsrechtswidrig, wäre die Klage ohne weiteres abzuweisen, soweit mehr als die vereinbarte Pauschale verlangt wird. Da die Europäische Kommission autochthone Interpret der europäischen Gesetzgebung im materiellen Sinne ist und die Bundesrepublik Deutschland vor dem EuGH verklagt hat mit dem Antrag festzustellen, dass die Bundesrepublik Deutschland insofern gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 15 Abs. 1 und 2 g) und Abs. 3 der Richtlinie 2006/123/EG und aus Art. 49 AEUV verstoßen hat, indem sie verbindliche Honorare für Architekten und Ingenieure nach Maßgabe der HOAI aufrechterhalten hat (EuGH Rechtssache C-377/17), muss das vorliegende Gericht in Betracht ziehen, dass die für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits maßgeblichen Vorschriften der HOAI unionsrechtswidrig sind und wegen des Vorrangs des Europäischen Rechts nicht anzuwenden sind.

Soweit in der obergerichtlichen nationalen Rechtsprechung bisher eine Vorlage mit der Begründung nicht vorgenommen worden ist, es gäbe zwingende Gründe des allgemeinen Interesses i.S.d. Art. 15 Abs. 3 b) der Richtlinie 2006/123/EG, die für die Mindesthonorarregelungen sprächen, folgt das Gericht dem nicht, denn diese Einschätzung beruht auf einer rein nationalen Betrachtungsweise und hat nicht den allein maßgeblichen unionsrechtlichen Auslegungsmaßstab im Blick (vgl. Oberlandesgericht Stuttgart, Urteil vom 10.02.2005, Az. 13 U 147/04; Oberlandesgericht Naumburg, Urteil vom 13.04.2017, Az. 1 U 48/11).“

³¹ KG Urt. v. 01.12.2017- 21 U 19/12, BeckRS 2017, 153025 = IBR 2018, 690; *LG Stuttgart* Beschl. v. 16.11.2018 – 28 O 375/17, IBR 2019, 113; ebenso für das Berufsrecht der Architekten *OVG Münster* Beschl. v. 01.08.2018 - 6s E 46/18.S, BeckRS 2018, 20769 = IBR 2018, 691.

³² *LG Dresden* Beschl. v. 08.02.2018 - 6 O 1751/15, IBR 2019, 384; dem folgend unter Berufung auf das vom *LG Dresden* veranlasste laufende Vorabentscheidungsverfahren *LG Baden-Baden* Beschl. v. 07.05.2019 – 3 O 221/18, IBR 2019, 385; *LG Essen* Beschl. v. 20.03.2019 – 44 O 12/18 (n. veröff.).

4.2.2 Unmittelbare Wirkung des Art. 15 DLR

35 Aus einem klagestattgebenden Urteil nach Art. 260 Abs. 1 AEUV selbst folgen für den Einzelnen keine unmittelbaren Wirkungen.³³ Stattdessen bedarf es grundsätzlich zunächst der Umsetzung durch den verklagten Mitgliedsstaat.³⁴ Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH kann sich der Einzelne aber „in all den Fällen, in denen die Bestimmungen einer Richtlinie inhaltlich unbeding und hinreichend genau sind, vor nationalen Gerichten gegenüber dem Staat auf diese Bestimmungen berufen [...], wenn dieser die Richtlinie nicht fristgemäß oder nur unzulänglich in das nationale Recht umgesetzt hat“.³⁵ Dass Art. 15 der Dienstleistungsrichtlinie nach diesen Voraussetzungen unmittelbare Wirkung entfaltet, hat der EuGH bereits festgestellt.³⁶

4.2.2.1 Grundsatz: Keine unmittelbare Horizontalwirkung von Richtlinienbestimmungen

36 Die unmittelbare Wirkung von Richtlinienbestimmungen gilt allerdings grundsätzlich nur gegenüber dem jeweiligen Mitgliedsstaat, nicht dagegen im Verhältnis zwischen Privaten.³⁷ Ob die Bundesbauverwaltung in ihrem fiskalischen Tätigkeitsbereich als privater Auftraggeber oder als Organ des Mitgliedsstaats anzusehen ist, kann mit Blick auf das Ergebnis der nachfolgenden Prüfung dahinstehen. Der *EuGH*³⁸ formuliert den vorgenannten Grundsatz wie folgt:

„[D]er verbindliche Charakter einer Richtlinie, auf dem die Möglichkeit beruht, sich vor einem nationalen Gericht auf die Richtlinie zu berufen, [besteht] nur für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird‘ [...]. Daraus folgt, daß eine Richtlinie nicht selbst Verpflichtungen für einen einzelnen begründen kann und daß eine Richtlinienbestimmung daher als solche nicht gegenüber einer derartigen Person in Anspruch genommen werden kann. [...] Hierzu ist festzustellen, daß, wenn die Rechtsbürger imstande sind, sich gegenüber dem Staat auf eine Richtlinie zu berufen, sie dies unabhängig davon tun können, in welcher Eigenschaft - als Arbeitgeber oder als Hoheitsträger - der Staat handelt. In dem einen wie dem anderen Fall muß nämlich verhindert werden, daß der Staat aus seiner Nichtbeachtung des Gemeinschaftsrechts Nutzen ziehen kann.“

(Hervorhebung hinzugefügt)

37 Weiter führt der *EuGH*³⁹ aus:

„Eine Ausdehnung dieser Rechtsprechung auf den Bereich der Beziehungen zwischen den Bürgern hieße, der Gemeinschaft die Befugnis zuzuerkennen, mit unmittelbarer Wirkung zu Lasten

³³ *EuGH* Ur. v. 14.12.1982 – Rs. C-314/81, C-316/81 und C-83/82 (Procureur de la Republique/Waterkeyn), *EuGHE* 1982, 4337 = *LMRR* 1982, 48; *Wunderlich*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 260 AEUV Rn. 4; *Karpenstein*, in: Grabit/Hilf/Nettesheim, Art. 260 AEUV Rn. 8.

³⁴ *Wunderlich*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 260 AEUV Rn. 4.

³⁵ *EuGH* Ur. v. 5.10.2004 – C-397/01 bis C 403/01, Rn. 103, *NZA* 2004, 1145 m.w.N.

³⁶ *EuGH* Ur. v. 30.01.2018 – C-360/15 und C-31/16, Rn. 130, *NVwZ* 2018, 307; vgl. auch den Schlussantrag des Generalanwalts vom 28.02.2019 – C-377/17, Rn. 25.

³⁷ S. etwa *Hermann/Michl*, Wirkungen von EU-Richtlinien, *JuS* 2009, 1065.

³⁸ *EuGH* Ur. v. 26.02.1986 - Rs. 152/84, Rn. 48 f., *NJW* 1986, 2178; vgl. auch *EuGH* Ur. v. 14.07.1994 – C-91/92, Rn. 22, *NJW* 1994, 2473.

³⁹ *EuGH* Ur. v. 14.07.1994 - Rs. C-91/92, Rn. 24 (Faccini Dori), *NJW* 1994, 2473.

der Bürger Verpflichtungen anzuordnen, obwohl sie dies nur dort darf, wo ihr die Befugnis zum Erlass von Verordnungen zugewiesen ist.“

(Hervorhebung hinzugefügt)

- 38 Gegenstand der letztgenannten Grundsatzentscheidung „Faccini Dori“ war das verbraucherschützende Widerrufsrecht. Paola Faccini Dori hatte am Hauptbahnhof von Mailand einen Vertrag über einen Englischkurs abgeschlossen. Einige Tage später teilte sie ihrer Vertragspartnerin den Widerruf mit und berief sich dabei auf das Widerrufsrecht nach der Richtlinie über außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge. Italien hatte die Richtlinie trotz Ablauf der Umsetzungsfrist zu diesem Zeitpunkt noch nicht umgesetzt. Obwohl der EuGH annahm, dass die Richtlinie inhaltlich unbedingt und hinreichend bestimmt sei, lehnte er die unmittelbare Anwendung zwischen Privaten ab.

4.2.2.2 Unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinienbestimmungen zwischen Privaten

- 39 Vom grundsätzlichen Verbot der unmittelbaren Richtlinienanwendbarkeit zwischen Privaten hat der EuGH Ausnahmen gemacht, die *Gundel*⁴⁰ in zwei Fallgruppen unterteilt: Hier geht es einmal darum, dass die Vertragserfüllung unter Berufung auf die Nichteinhaltung von richtlinienwidrigen nationalen Verbotsvorschriften abgelehnt wird; zum anderen betrifft dies Konstellationen, in denen private Konkurrenten zur Beachtung richtlinienwidriger nationaler Regelungen gezwungen werden sollen.
- 40 Ein Beispiel für die erste Fallgruppe ist die *Unilever-Entscheidung* des *EuGH*.⁴¹ Dieser Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Käufer von Olivenöl verweigerte die Zahlung des gelieferten Olivenöls mit der Begründung, dass die Etikettierung der Ware nicht den italienischen Regelungen entspreche. Dagegen wandte die Verkäuferin ein, dass der Erlass der italienischen Vorschriften gegen das durch die Richtlinie 83/189/EWG eingeführte Verfahren der Übermittlung und Prüfung von Entwürfen technischer Vorschriften verstoße. Das Gesetz dürfe daher nicht angewandt werden. Dem folgte der EuGH. Er stellte zwar unter Verweis auf den Fall *Faccini Dori* klar, dass eine Richtlinie nicht selbst Verpflichtungen Einzelner begründen und daher ihnen gegenüber herangezogen werden könne.⁴² Sodann führte er aber Folgendes aus:

„[D]iese Rechtsprechung gilt jedoch nicht für den Fall, dass die Nichtbeachtung der Art. 8 oder 9 der Richtlinie 83/189/EWG, die einen wesentlichen Verfahrensfehler darstellt, die Unanwendbarkeit der unter Verstoß gegen einen dieser Artikel erlassenen technischen Vorschrift nach sich zieht.

In einem solchen Fall legt die Richtlinie 83/189/EWG - anders als bei der Nichtumsetzung von Richtlinien, um die es in der von den beiden Regierungen zitierten Rechtsprechung ging - keineswegs den materiellen Inhalt der Rechtsnorm fest, auf deren Grundlage das nationale Gericht den bei ihm anhängigen Rechtsstreit zu entscheiden hat. Sie begründet weder Rechte noch Pflichten für Einzelne.

⁴⁰ *Gundel*, Neue Grenzlinien für die Direktwirkung nicht umgesetzter EG-Richtlinien unter Privaten - Zur Unanwendbarkeit richtlinienwidriger nationaler Verbotsgesetze im Konflikt unter Privaten, *EuZW* 2001, 143, 145 ff.

⁴¹ *EuGH* Urt. v. 26.09.2000– Rs. C-443/98, *EuZW* 2001, 153.

⁴² Rn. 50 ff.

*Auf Grund all dieser Erwägungen ist auf die Frage zu antworten, dass das nationale Gericht in einem Zivilrechtsstreit zwischen Einzelnen über vertragliche Rechte und Pflichten die Anwendung einer nationalen technischen Vorschrift ablehnen muss, die während einer Aussetzungsfrist nach Art. 9 Richtlinie 83/189/EWG erlassen worden ist.*⁴³

(Hervorhebung hinzugefügt)

- 41 Ein Beispiel für die zweite Fallgestaltung ist eine Entscheidung des *EuGH*⁴⁴ aus dem Jahre 1996: Ein Wettbewerber hatte behauptet, dass ein vertriebenes Sicherungssystem eines anderen Sicherungsunternehmens nicht die Anforderungen belgischer technischer Vorschriften erfülle. Das Sicherungsunternehmen warf dem Wettbewerber eine Verleumdung vor, woraufhin dieser eine Widerklage erhob, die auf die Untersagung der Vermarktung nach belgischem Recht nicht zugelassener Alarmsysteme gerichtet war. Fraglich war, ob die Beklagte sich darauf berufen konnte, dass die maßgeblichen belgischen Vorschriften unter Verstoß gegen die Richtlinie 83/189/EWG erlassen worden waren. Der *EuGH* bejahte dies.
- 42 Über einen Unterlassungsanspruch gegen einen Wettbewerber hatte auch das *KG*⁴⁵ zu entscheiden. Einem Online-Lieferportal wurde u.a. vorgeworfen, dass die fehlende Angabe der Höhe des Flaschenpfandes neben dem Preis gegen das Informationsgebot aus § 1 Abs. 4 PAngV verstoße. Das *KG* verneinte den Unterlassungsanspruch:

„Ein solcher [...] Anspruch lässt sich nicht mit Erfolg auf § 8 Abs. 1 UWG i.V. mit §§ 3, 3a UWG [...] stützen.

a) Allerdings verstößt die fehlende Angabe der Höhe des Flaschenpfands neben dem Preis gegen das diesbezügliche ausdrückliche Informationsgebot aus § 1 Abs. 4 PAngV.

b) Die Vorschrift des § 1 Abs. 4 PAngV stellt aber, indem sie die gesonderte Ausweisung des Pfands neben dem Preis fordert, keine Marktverhaltensregelung i.S. von § 3a UWG [...] dar. Denn es fehlt insoweit an einer hinreichenden Grundlage im Unionsrecht (vgl. Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl., § 1 PAngV Rn. 28).

*aa) Die UGP-RL hat in ihrem Anwendungsbereich (vgl. ihr Art. 3) zu einer vollständigen Harmonisierung des Lauterkeitsrechts geführt (vgl. Art. 4 UGP-RL; *EuGH GRUR* 2010, 244, Rn. 41 - *Zentrale/Plus Warenhandels-gesellschaft*; *BGH GRUR* 2008, 807, Rn. 17 - *Millionen-Chance*; *BGH GRUR* 2012, 949, Rn. 47 - *Missbräuchliche Vertragsstrafe*; *Senat MMR* 2016, 601, m.w.N.). Sie regelt abschließend, welche Geschäftspraktiken im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern als unlauter anzusehen und deswegen unzulässig sind (*EuGH GRUR* 2009, 199, Rn. 51 - *VTB/Total Belgium und Galatea/Sanoma*; *BGH GRUR* 2008, 807, Rn. 17 - *Millionen-Chance*; *GRUR* 2012, 949, Rn. 47 - *Missbräuchliche Vertragsstrafe*; *Senat MMR* 2016, 601, m.w.N.). **Dementsprechend kann ein Verstoß gegen nationale Bestimmungen eine Unlauterkeit nach § 3a UWG [...]***

⁴³ Vgl. *Gundel*, *EuZW* 2001, 143, 146 mit weiteren *EuGH*-Entscheidungen zu ähnlichen Fallkonstellationen - auch zu materiellen Harmonisierungsrichtlinien.

⁴⁴ *EuGH* Ur. v. 30.04.1996 – C-194/94, *BeckRS* 2004, 74851; vgl. hierzu *Gundel*, *EuZW* 2001, 143, 145 f.

⁴⁵ *KG* Ur. v. 21.06.2017 – 5 U 185/16, *BeckRS* 2017, 116327; vgl. dazu *Ihle* in seiner Leserankündigung vom 15.06.2019 zu *May* *IBR* 2019, 2756.

grundsätzlich nur noch begründen, wenn die betreffenden Regelungen eine Grundlage im Unionsrecht haben (vgl. Erwägungsgrund 15 Satz 2 UGP-RL; BGH GRUR 2008, 807, Rn. 17 - Millionen-Chance; BGH GRUR 2012, 949, Rn. 47 - Missbräuchliche Vertragsstrafe; Senat MMR 2016, 601 f., m.w.N.). Die Unionsstaaten dürfen im Anwendungsbereich der Richtlinie grundsätzlich keine strengeren als die in der Richtlinie festgelegten Maßnahmen erlassen, und zwar auch nicht, um ein höheres Verbraucherschutzniveau zu erreichen (vgl. Art. 4, Art. 3 Abs. 5 UGP-RL; EuGH GRUR 2010, 244, Rn. 41 - Zentrale/Plus Warenhandelsgesellschaft; BGH GRUR 2012, 1056, Rn. 12 - GOOD NEWS I; Senat MMR 2016, 601, 602, m.w.N.).

bb) Hinsichtlich des vorliegend maßgeblichen Informationsgebots aus § 1 Abs. 4 PAngV fehlt es - wie bereits angesprochen - an einer Grundlage im Unionsrecht. Da weder die UGP-Richtlinie noch die PAngRL eine entsprechende Bestimmung kennen und auch die Mindestangleichungsklausel des Art. 10 PAngRL nach Art. 3 Abs. 5 Satz 1 UGP-RL infolge Zeitablaufs nicht mehr eingreift, verstößt die Vorschrift gegen Art. 4 UGP-RL und darf daher nicht mehr angewendet werden (Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl., § 1 PAngV Rn. 28).“

(Hervorhebungen hinzugefügt)

4.2.2.3 Meinungsstand zur Abgrenzung der Fallgruppen

- 43 Wie sich die den dargestellten Entscheidungen zugrundeliegenden Fallkonstellationen voneinander abgrenzen und wann es demzufolge bei dem Grundsatz des Verbots einer unmittelbaren Horizontalwirkung bleibt und in welchen Fällen von diesem Grundsatz abgewichen werden kann, wird unterschiedlich beurteilt.
- 44 Eine Auffassung grenzt die Fallgruppen danach ab, ob einer Privatperson vom nationalen Recht Rechte zuerkannt werden, die ihr durch eine unmittelbare Anwendung von Richtlinienbestimmungen genommen würden.⁴⁶ *Gundel*⁴⁷ macht dazu folgende Ausführungen: In den klassischen Fällen, in denen der EuGH eine unmittelbare Horizontalwirkung ablehne, stünden sich die Rechte der Einzelnen aus der Richtlinie einerseits und aus dem nationalen Recht andererseits gegenüber, die einander ausschließen. In der Unilever-Entscheidung dagegen berufe sich die eine Seite auf die Richtlinie, während die Gegenseite zwar auch in diesem Falle Bestimmungen des nationalen Rechts geltend mache; doch würden ihr diese Bestimmungen keine Rechte verleihen, sondern nur eine „objektive Regelung“ treffen, oder ihr sogar selbst Pflichten zu Gunsten Dritter oder der Allgemeinheit auferlegen. So habe sich der Wiederverkäufer im Unilever-Fall auf nationale Etikettierungsvorschriften berufen, die nicht seinen Interessen, sondern dem Verbraucherschutz gedient hätten. Die Gemeinsamkeit der Fälle, in denen eine horizontale Direktwirkung angenommen wird, sieht *Gundel*⁴⁸ darin, dass der Gegenseite keine vom nationalen Recht zuerkannten Rechte genommen würden. Er gelangt zu dem Ergebnis, dass eine Verneinung der horizontalen Direkt-

⁴⁶ *Gundel*, EuZW 2001, 143, 146; so auch *Epiney*, Neuere Rechtsprechung des EuGH in den Bereichen institutionelles Recht, allgemeines Verwaltungsrecht, Grundfreiheiten, Umwelt- und Gleichstellungsrecht, NVwZ 2002, 1429, Fn. 1; *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 288 AEUV Rn. 151, 157, 159.

⁴⁷ *Gundel*, EuZW 2001, 143, 144.

⁴⁸ *Gundel*, EuZW 2001, 143, 146; siehe auch *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 288 AEUV Rn. 151.

wirkung der Richtlinie nur gerechtfertigt sei, wenn tatsächlich widersprechende Rechte der Privaten aus der Richtlinie einerseits und dem nationalen Recht andererseits gegenüberstünden.⁴⁹ In diesen Fällen setzte sich nach der Rechtsprechung des EuGH die von der nationalen Rechtsordnung gewährte Rechtsposition gegenüber der Richtlinie durch.⁵⁰ Gegenüber staatlichen Bestimmungen, die den Vertragsparteien im öffentlichen Interesse Verbote auferlegten, sei die Berufung auf Richtlinien auch im Rechtsstreit zwischen Privaten möglich.⁵¹

- 45 Eine ähnliche Differenzierung nimmt *Epiney*⁵² vor. Die EuGH-Rechtsprechung deutet sie dahingehend, dass eine Berufung auf Richtlinienbestimmungen zwischen Privaten immer dann möglich sein solle, wenn es um allgemeine Verbote gehe, durch die gerade nicht Rechtsbeziehungen und damit die Rechte und Pflichten zwischen Privaten geregelt würden, sondern die nur quasi vorfrageweise relevant seien.⁵³
- 46 Für das Preisrecht der HOAI bedeutet dies Folgendes: Haben die Parteien ein Honorar vereinbart, das unterhalb der Mindestsätze oder oberhalb der Höchstsätze der HOAI liegt, so ist diese Vereinbarung nach deutschem Recht gemäß § 7 Abs. 1 HOAI i.V.m. § 134 BGB nichtig. An die Stelle der Honorarvereinbarung treten die Mindestsätze bzw. Höchstsätze der HOAI. Eine unmittelbare Berufung einer der Vertragsparteien auf einen Verstoß des zwingenden Preisrechts gegen die europäische Dienstleistungsrichtlinie hätte die Nichtanwendbarkeit der Mindest- bzw. Höchstsätze zur Folge. Dem Architekten würde dadurch zwar nicht sein Honoraranspruch dem Grunde nach genommen, da dieser aus dem Vertrag folgt. Der nach nationalem Recht bestehende Honoraranspruch würde aber insoweit beschränkt, als dass er der Höhe nach modifiziert werden würde. Denn die Höhe des Honoraranspruchs richtet sich zwar grundsätzlich nach der getroffenen Honorarvereinbarung; liegt das vereinbarte Honorar aber außerhalb der festgesetzten Mindest- und Höchstsätze, so wird die Honorarhöhe unmittelbar durch das Preisrecht der HOAI bestimmt.⁵⁴
- 47 Gleichwohl werden den Parteien durch die Nichtanwendbarkeit der Mindestsätze keine subjektive Rechte entzogen. Aufgrund seines Charakters als Preiskontrollrecht handelt es sich beim zwingenden Preisrecht der HOAI um eine objektive Regelung. Denn die HOAI begründet grundsätzlich keine Ansprüche. § 7 Abs. 1 HOAI ist lediglich ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB.⁵⁵ Dass die Honorarhöhe im Falle der Mindestsatzunter- oder Höchstsatzüberschreitung unmittelbar durch das Preisrecht der HOAI bestimmt wird, folgt aus der Nichtigkeit der getroffenen Honorarvereinbarung. Außerdem dienen die Mindestsätze der HOAI nicht den Interessen der Architekten und Ingenieure, sondern stattdessen der Sicherung der Planungsqualität sowie dem Verbraucherschutz.⁵⁶

„Zweck der Mindestsätze ist die Vermeidung eines ruinösen Preiswettbewerbs im Bereich der Architektur- und Ingenieurdienstleistungen, der die Qualität der Planungstätigkeit gefährden würde (BT-Drs. 10/543, S. 4 und BT-Drs. 10/1562, S. 5). Eine hohe Planungsqualität im Bauwesen dient dem Schutz der Interessen von Bauherren, Nutzern und Eigentümer von Gebäuden aller Art

⁴⁹ Gündel, EuZW 2001, 143, 149.

⁵⁰ Gündel, EuZW 2001, 143, 148.

⁵¹ Gündel, EuZW 2001, 143.

⁵² *Epiney*, NVwZ 2002, 1429, Fn. 1.

⁵³ Siehe auch *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 288 AEUV Rn. 151, 157, 159.

⁵⁴ *Berger*, in: Fuchs/Berger/Seifert, HOAI § 7 Rn. 12 m.w.N.

⁵⁵ *Berger*, in: Fuchs/Berger/Seifert, HOAI § 7 Rn. 35.

⁵⁶ Vgl. *Berger*, in: Fuchs/Berger/Seifert, HOAI § 7 Rn. 21 ff.

wie auch dem Schutz der Umwelt und der städtischen Umwelt einschließlich ihrer baukulturellen Qualität und ihren erheblichen Auswirkungen auf das gesellschaftliche Zusammenleben der Bürgerinnen und Bürger.

Auf den Märkten für Planungsleistungen existieren teilweise **Informationsasymmetrien** zwischen Anbietern/Anbieterinnen und Nachfragern/Nachfragerinnen von Planungsleistungen; insbesondere sind einmalige Nachfrager/Nachfragerinnen von Planungsleistungen mangels Erfahrung vielfach nicht in der Lage, die Qualitäten angebotener Planungsleistungen bei Auftragserteilung einzuschätzen [...]. **Insofern können Mindest- und Höchstsätze zum Verbraucherschutz beitragen.**⁵⁷
(Hervorhebung hinzugefügt)

48 Ähnlich sieht es die höchstrichterliche nationale Rechtsprechung:⁵⁸

„Die gesetzliche Regelung hat den Zweck, zum Schutz des Berufsstands der Architekten und Ingenieure eine wirksame Schranke gegen eine Unterschreitung der Mindestsätze zu schaffen. **Die Mindestsätze sollen insbesondere dazu dienen, den vom Gesetzgeber gewollten Qualitätswettbewerb zu fördern und einen ungezügelten, ruinösen Preiswettbewerb zu unterbinden, der die wirtschaftliche Situation der Architekten und Ingenieure und damit auch die Qualität der Planung und die unabhängige Stellung des Planers zwischen Bauherr und Unternehmer beeinträchtigen würde [...].** Der damit verbundene Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit ist verfassungsrechtlich unbedenklich. Die Sicherung und Verbesserung der Qualität der Tätigkeit eines Architekten stellt ein legitimes gesetzgeberisches Ziel dar. Zu seiner Herbeiführung sind verbindliche Mindesthonorarsätze geeignet, da sie den Architekten jenseits von Preiskonkurrenz den Freiraum schaffen, hochwertige Arbeit zu erbringen, die sich im Leistungswettbewerb der Architekten bewähren muss [...].“

(Hervorhebung hinzugefügt)

49 Da die Mindest- und Höchstsätze der HOAI dem Einzelnen aus den genannten Gründen keine subjektiven Rechte verleihen, sondern den Vertragsparteien lediglich im öffentlichen Interesse Verbote auferlegen, kann sich die jeweilige Partei nicht nur dem jeweiligen Mitgliedsstaat, sondern auch dem privaten oder öffentlichen Vertragspartner gegenüber unmittelbar auf die Dienstleistungsrichtlinie berufen. Der vorgenannte Blickwinkel der Differenzierung deckt sich im Ergebnis weitgehend mit der Abgrenzungsmethode, die darauf abstellt, welche Personen als Adressat der in der Richtlinie enthaltenen rechtlichen Verpflichtungen in Betracht kommen.⁵⁹ Ziele die Richtlinienbestimmung auf eine objektive Verpflichtung des Staates ab, so

⁵⁷ Begründung zur HOAI 2009, BR-Drs. 395/09, S.143 f.

⁵⁸ BGH, NJW 2014, 2354, Rn. 16.

⁵⁹ Zu dieser Differenzierung siehe Schröder, in: Streinz EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 98; Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 288 AEUV Rn. 151 f. Gemeint sei damit nicht der abstrakte Befehl zur Umsetzung, der nur den Mitgliedsstaat treffe, sondern die inhaltliche Verpflichtung, die den Regelungsgegenstand der Richtlinie festlege - Schröder, in: Streinz EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 98.

könne sie unmittelbare Wirkung entfalten.⁶⁰ Im Faccini Dori-Fall hätte die Richtlinie - wäre sie umgesetzt worden - für Privatpersonen Rechte und Pflichten begründet.⁶¹ Eine unmittelbare Horizontalwirkung sei daher abgelehnt worden. Im Unilever-Fall hätte die Richtlinie dagegen nur Rechte und Pflichten für den Staat begründet.⁶² Eine Umsetzung der Richtlinie in Bezug auf das zwingende Preisrecht der HOAI beträfe weder Rechte noch Pflichten von Privatpersonen, sodass auch dieser Auffassung zufolge eine unmittelbare Anwendung der Richtlinie in Betracht kommt.

- 50 Eine andere Auffassung unterscheidet zwischen einer positiven und negativen unmittelbaren Wirkung von Richtlinienbestimmungen.⁶³ Dieser Ansicht zufolge soll im Verhältnis zwischen Privaten nur eine negative unmittelbare Wirkung in Betracht kommen.⁶⁴ Zu berücksichtigen sei, dass auch nationale Gerichte, die einen Rechtsstreit zwischen Privaten zu entscheiden hätten, den Mitgliedsstaaten zuzurechnen seien. Ein Einzelner müsse dann aber der Anwendung nationaler Vorschriften durch ein Gericht eine inhaltlich hinreichend bestimmte und unbedingte Richtlinienvorschrift entgegenhalten können, wodurch diese im Verfahren unanwendbar werde. Das Gericht könne einer Prozesspartei dagegen keine Richtlinienvorschrift unmittelbar entgegenhalten, um aus der Richtlinie als solcher den Einzelnen verpflichtende Rechtsfolgen abzuleiten. Der Grundsatz des Vertrauensprinzips verbiete es, zu Lasten eines Einzelnen im Prozess eine Richtlinienbestimmung positiv anzuwenden, da sich damit der Staat in Form des Gerichts gleichsam auf eine Vorschrift berufen würde, die er selbst nicht umgesetzt habe.⁶⁵ Die durch die negative unmittelbare Wirkung eintretende Belastung resultiere nicht unmittelbar aus der Richtlinie als Anspruchsgrundlage, sondern ergebe sich aus verbleibenden nationalen Vorschriften.⁶⁶
- 51 Da das zwingende Preisrecht der HOAI gegen die Dienstleistungsrichtlinie verstößt, betrifft dies ausschließlich die negative Wirkung der Richtlinie, da Honorarvereinbarungen außerhalb des verbindlichen Preisrechts unzulässig sein sollen. Die Richtlinie gewährt also keine Ansprüche, weshalb auch nach dieser Auffassung von einer unmittelbaren Anwendbarkeit der Richtlinie auch zwischen Privaten auszugehen ist.

4.2.2.4 Jedenfalls Bindung der Gerichte

- 52 Selbst wenn man nicht von einer unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 15 Dienstleistungsrichtlinie zwischen Privaten ausgehe, kann der Private seine auf § 7 Abs. 1 HOAI gestützten Ansprüche auch gegen den privaten Vertragspartner gerichtlich nicht durchsetzen. Denn die Gerichte sind, wie oben unter Ziff. 3.1 und vorstehend unter Ziff. 4.2.2.3 a.E. dargelegt, als rechtsprechende Gewalt ein Organ des Mitgliedsstaates mit der Verpflichtung, bis zu einer Reaktion des Gesetzgebers dem Unionsrecht zur Geltung zu verhelfen und erforderlichenfalls nationale Regelungen nicht anzuwenden. Würde ein nationales Gericht nach dem Urteil des EuGH vom 04.07.2019 einen Auftraggeber auf Zahlung des über dem vereinbarten Honorars

⁶⁰ *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 288 AEUV Rn. 151; *Schröder*, in: Streinz EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 98 ff.

⁶¹ *Herrmann/Michl*, JuS 2009, 1065, 1068 mit Verweis auf *Langenbacher*, Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, § 1 Rn. 74; vgl. auch *Schroeder*, in: Streinz EUV/AEUV, Art. 288 AEUV Rn. 98 Fn. 289.

⁶² *Herrmann/Michl*, JuS 2009, 1065, 1068 mit Verweis auf *Langenbacher*, Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, § 1 Rn. 74.

⁶³ S. *Herrmann*, Die negative unmittelbare Wirkung von Richtlinien in horizontalen Rechtsverhältnissen, EuZW 2006, 69, 70 m.w.N.; *Herrmann/Michl*, JuS 2009, 1065, 1068. Positive Wirkung entfaltet die Richtlinie, wenn sie unmittelbar zur Begründung einer Rechtsfolge herangezogen wird; im Falle negativer Wirkung wird entgegenstehendes nationales Recht nicht angewendet - *Herrmann/Michl*, JuS 2009, 1065, 1066.

⁶⁴ S. *Herrmann*, EuZW 2006, 69, 70; *Herrmann/Michl*, JuS 2009, 1065, 1066 m.w.N.

⁶⁵ *Herrmann/Michl*, JuS 2009, 1065, 1068 mit Verweis auf *Herrmann*, Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung, S. 81.

⁶⁶ *Herrmann/Michl*, JuS 2009, 1065, 1068 mit Verweis auf *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht, 5. Aufl. 2006, Rn. 343.

liegenden Mindestsatzes verurteilen, würde es den vom EuGH festgestellten Vertragsverstoß perpetuieren und damit seinerseits unionsrechtswidrig handeln. Dies könnte die Kommission als Anlass für ein sog. „Follow-up-Verfahren“ (oben Ziff. 3.3) nehmen, mit dem ein erneuter oder fortdauernder Vertragsverstoß festgestellt und dann auch mit finanziellen Sanktionen (Zwangsgelder oder Pauschalen) nach Art. 260 Abs. 2 AEUV versehen wird.

4.2.2.5 Zwischenergebnis

- 53 Spätestens seit dem EuGH-Urteil vom 04.07.2019 können sich auch Private nicht mehr auf eine Verletzung des verbindlichen Preisrahmens des § 7 Abs. 1 HOAI berufen und mit dieser Begründung eine Anpassung des vereinbarten Honorars verlangen. Anhängige Klagen, mit denen der Architekt oder Ingenieur eine „Aufstockung“ des Honorars auf die Mindestsätze oder der Auftraggeber eine Begrenzung des Honoraranspruchs auf die Höchstsätze beansprucht, sind daher abzuweisen. Einer weiteren Vorlage an den EuGH bedarf es nur, soweit das nationale Gericht Zweifel an der unmittelbaren Anwendbarkeit des Verbots von Mindest- und Höchstpreisvorgaben für Dienstleistungen in Art. 15 der Dienstleistungsrichtlinie hat. In diesem Fall kann das Gericht jedoch mit Blick auf das Vorabentscheidungsverfahren des *Landgerichts Dresden*, das beim EuGH anhängig ist, den Rechtsstreit nach § 148 ZPO aussetzen.⁶⁷ Da die Gerichte den verbindlichen Preisrahmen des § 7 Abs. 1 HOAI auch zwischen Privaten unangewendet lassen müssen, kommt dem EuGH-Urteil vom 04.07.2019 mittelbar auch materiell-rechtliche Wirkung zu. Denn zumindest im Ergebnis stehen der Partei, die eine Anpassung der vertraglichen Honorarvereinbarung fordert, keine derartigen Ansprüche zu. Entsprechende Anpassungsbegehren können (und sollten) von der jeweils anderen Vertragspartei daher auch außergerichtlich zurückgewiesen werden. Was für das Verhältnis von Privaten untereinander gilt, muss natürlich erst Recht für die Bundesbauverwaltung gehen, gleich ob man sie auch als Privater in diesem Sinne oder als Organ des Mitgliedsstaats ansieht.

4.2.3 Sonderfall Honoraranpassung bei Stufenverträgen

- 54 Aus den vorstehenden Prüfungsergebnissen ergibt sich auch die Lösung für die Frage, ob bei echten Stufenverträgen (Optionsverträgen), insbesondere nach den RBBau-Vertragsmustern des Bundes, nach dem Urteil des *EuGH* vom 04.07.2019 eine Honoraranpassung in den Fällen verlangt werden kann, dass zwischen Vertragsschluss und Abruf einer weiteren Leistungsstufe eine Neufassung der HOAI in Kraft getreten ist.⁶⁸ Der *BGH* hat in der vorzitierten Entscheidung klargestellt, dass grundsätzlich die von den Parteien im Ausgangsvertrag und damit „vorab“ getroffene schriftliche Honorarvereinbarung maßgeblich ist. Diese ist in den vorbeschriebenen „Übergangsfällen“ dahin zu überprüfen, ob sie die Mindestsätze (die Höchstsätze erwähnt der *BGH* nicht, hier gilt jedoch dasselbe) dieser Verordnung einhält. Dies erfolge nach der ständigen Rechtsprechung des *BGH* im Wege eines Gesamtvergleichs. Da nach dem Urteil des EuGH vom 04.07.2019 ein Anspruch des Planers auf Anhebung einer die Mindestsätze unterschreitenden Honorarvereinbarung auf eben diese Mindestsätze nicht mehr besteht, gilt dies auch für den Stufenvertrag. Es bleibt also bei der vertraglichen Honorarvereinbarung (im Regelfall ein

⁶⁷ *LG Dresden* Beschl. v. 08.02.2018 - 6 O 1751/15, IBR 2019, 384; dem folgend unter Berufung auf das vom LG Dresden veranlasste laufende Vorabentscheidungsverfahren *LG Baden-Baden* Beschl. v. 07.05.2019 – 3 O 221/18, IBR 2019, 385; *LG Essen* Beschl. v. 20.03.2019 – 44 O 12/18 (n. veröff.); jeweils unter Hinweis auf das Vorabentscheidungsersuchen des *LG Dresden* Beschl. v. 08.02.2018 – 6 O 1751/15, IBR 2019, 384, anhängig beim *EuGH* unter Az. Rs. C-137/18.

⁶⁸ Hierzu *BGH*, NZBau 2015, 170; *Vogel*, in: Fuchs/Berger/Seifert, HOAI § 57 Rn. 11 ff.; für die Bundesbauverwaltung vgl. Erlass des BMUB vom 24.02.2015 – B I 1 – 81011.4.0 zur Anwendung der Übergangsvorschrift in § 55 HOAI 2009 und § 57 HOAI 2013 bei Stufenverträgen nach den RBBau-Vertragsmustern für Planungsleistungen.

Berechnungshonorar nach „alter“ HOAI) ungeachtet des Inkrafttretens einer Neufassung der HOAI, da eine Mindestsatzkontrolle nicht mehr stattfinden darf.

4.3 Klagen auf vereinbartes HOAI-Honorar

- 55 Aus den einleitend unter Ziff. 4.1 genannten Gründen bleibt eine vertraglich vereinbarte Honorarvereinbarung von dem EuGH-Urteil vom 04.07.2019 unberührt, selbst wenn sie auf ein Berechnungshonorar nach den Parametern der HOAI gerichtet ist (bspw. Honorarzone III, Mittelsatz, Umbauzuschlag 25%). Dabei ist, wie auch schon vor dem EuGH-Urteil, zunächst unerheblich, ob die Honorarvereinbarung die Berechnungsparameter der HOAI zutreffend umsetzt oder nicht. Ist bspw. eine falsche Honorarzone vereinbart, führt das noch nicht zwingend zur Mindestsatzunterschreitung, da zunächst zu prüfen ist, ob nicht ein anderer abweichend vereinbarter Honorarparameter (bspw. ein Umbauzuschlag) diese Unterschreitung wieder ausgleicht.⁶⁹ Neu ist nunmehr, dass es selbst bei einer im Einzelfall festzustellenden Unterschreitung der Mindestsätze der HOAI bei der vertraglichen Honorarvereinbarung bleibt. Der Architekt oder Ingenieur kann also nach Vertragsschluss nicht mit dem Begehren gehört werden, dass die vertragliche Vergütungsvereinbarung an das sich aus der HOAI ergebende Mindestsatzhonorar anzupassen sei.
- 56 Eine über den Einzelfall hinausgehende generelle Abweichung von den HOAI-Berechnungsparametern in Vertragsmustern (bspw. ein genereller Ausschluss der Anrechenbarkeit von Kosten der mitzuverarbeitenden Bausubstanz gem. § 4 Abs. 3 HOAI) ist jedoch auch nach dem EuGH-Urteil kritisch zu sehen, soweit es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) des Auftraggebers handelt. Denn Maßstab der Inhaltskontrolle von AGB ist nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB das gesetzliche Leitbild. Zu diesem gesetzlichen Leitbild zählen auch die Regelungen der HOAI, soweit sie sich zunächst direkt auf die Höhe der Honorierung beziehen. Regelungen, die insoweit das bislang verbindliche Preisrecht der HOAI (zu Gunsten oder zu Lasten des Planers) unterlaufen, waren deshalb schon dann unwirksam, wenn hierdurch die Mindestsätze unterschritten würden oder wenn sie gegen ein in der HOAI verankertes gesetzliches Verbot verstoßen, § 134 BGB.⁷⁰ Aber auch Klauseln, mit denen zwar die Mindestsätze nicht unterschritten werden, aber das Prinzip der ordnungsrechtlichen Abrechnungsstruktur an sich verletzt wird, wurden als Verstoß gegen einen wesentlichen Kerngedanken der gesetzlichen Regelung und damit als unwirksam angesehen. Das gesetzliche Leitbild war und ist nämlich nicht nur das preisrechtliche Verbot der Mindestsatzunterschreitung, sondern das Regelungssystem der HOAI an sich. Preiskontrolle nach HOAI und Inhaltskontrolle nach AGB-Recht sind strikt voneinander zu trennen. Regelungen, die nach HOAI (preisrechtlich) nicht zu beanstanden sind, weil sie letztlich zu einem Honorar innerhalb der Minde- und Höchstsätze führen, könnten dennoch wegen ihres Charakters als Allgemeine Geschäftsbedingung unwirksam sein. Derartige Klauseln, die grundsätzlich kontrollfähige Preisnebenabreden darstellen dürften, können dann nur als Individualvereinbarung zivilrechtlich wirksam vereinbart werden.⁷¹ Jedenfalls solange der Auftraggeber in seinen Vertragsbedingungen die Berechnungsparameter nach der HOAI als Honorarvereinbarung vorgibt, sollte er sich auch an deren Vorgaben halten, um nicht die Unwirksamkeit der betroffenen Klauseln oder eine Unterlassungsklage zu riskieren.

⁶⁹ Grundlegend *BGH*, NZBau 2005, 285 = NJW 2005, 669; *Fuchs*, NZBau 2017, 123, 126.

⁷⁰ *Sonntag*, in: *Fuchs/Berger/Seifert*, Syst. A.IV Rn. 41.

⁷¹ *Sonntag*, in: *Fuchs/Berger/Seifert*, Syst. A.IV Rn. 41.

4.4 Klagen auf Mindestsatz wegen Formverstoßes (§ 7 Abs. 5 HOAI)

- 57 Wie einleitend unter Ziff. 4.1 ausgeführt, bleiben die Formvorschriften der HOAI insbesondere in § 7 Abs. 1 HOAI („schriftlich und bei Auftragserteilung“), aber auch in § 6 Abs. 2 Satz 2 HOAI (Umbauzuschlag) oder in § 8 Abs. 3 HOAI (Koordinierungs- oder Einarbeitungszuschlag), von dem EuGH-Urteil vom 04.07.2019 unberührt. Denn der vom EuGH festgestellte Vertragsverstoß bezieht sich ausschließlich auf „verbindliche Mindest- und Höchstsätze für die Honorare für die Planungsleistungen von Architekten und Ingenieure“. Art. 15 Abs. 2 Buchst. g) der Dienstleistungsrichtlinie regelt auch nur Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit durch Vorschriften über die „Beachtung von festgesetzten Mindest- und/oder Höchstpreisen durch den Dienstleistungserbringer“. Formvorgaben für Vergütungsvereinbarungen, wie sie auch aus anderen Vergütungsordnungen bekannt sind (vgl. bspw. das Textformerfordernis in § 4 Abs. 1 der Steuerberatervergütungsverordnung oder das Schriftformerfordernis nach § 3a Abs. 1 des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes), werden weder von dem Urteilstenor des EuGH noch von der Dienstleistungsrichtlinie erfasst. Denn durch die Formvorgaben wird der Dienstleistungserbringer nicht gehindert, sein Honorar frei zu kalkulieren, anzubieten und letztlich zu vereinbaren. Dies muss nur unter Beachtung der HOAI-spezifischen formalen Anforderungen erfolgen.
- 58 Da sich die Rechtsfolgen einer Verletzung des von § 7 Abs. 1 HOAI bislang verbindlich vorgegebenen Preisrahmens unmittelbar aus dieser Norm i.V.m. § 134 BGB ergeben, regelt § 7 Abs. 5 HOAI ausschließlich die Rechtsfolgen eines Formverstoßes.⁷² Diese Vorschrift stellt insoweit eine die §§ 125 Satz 1, 139 BGB verdrängende vorrangige Sonderregelung dar, die – ohne dass es auf § 632 Abs. 2 BGB ankäme – insbesondere verhindert, dass eine unwirksame Honorarvereinbarung zur Nichtigkeit des Planervertrags führt. Insbesondere regelt Abs. 5 nicht die Rechtsfolge eines Preisrechtsverstoßes, und zwar weder bei einer unzulässigen Höchstsatzüberschreitung, noch bei einer unzulässigen Mindestsatzunterschreitung. In beiden Fällen ergibt sich die Rechtsfolge der „Geltung des gerade noch zulässigen Preises“ in den Worten des *BGH*⁷³ „unmittelbar aus dem Gesetz“, das heißt bereits aus Abs. 1 des § 7 HOAI.
- 59 § 7 Abs. 5 HOAI ordnet als Rechtsfolge eines Formverstoßes (nicht schriftlich oder nicht bei Auftragserteilung geschlossene Vergütungsvereinbarung) an, dass unwiderleglich vermutet wird, dass die jeweiligen Mindestsätze gemäß Abs. 1 vereinbart sind. Auch solange der Ordnungsgeber keine Überarbeitung der HOAI vorgenommen hat, läuft der Verweis von Abs. 5 auf die Mindestsätze nach Abs. 1 nicht ins Leere. Denn die Mindestsätze nach Abs. 1 gelten trotz des EuGH-Urteils vom 04.07.2019 fort, sie sind nur nicht mehr verbindlich im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 1 HOAI oder im Sinne eines verbindlichen Preisrahmens nach § 7 Abs. 1 HOAI. Unverbindliche Mindestsätze existieren in der HOAI nicht erst seit dem EuGH-Urteil. Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 HOAI sind die Honorare für Beratungsleistungen der Anlage 1 „nicht verbindlich geregelt“.⁷⁴ Auch in der Anlage 1 sind Mindest- und Höchstsätze vorgesehen (vgl. bspw. die Honorarregelung für Bauakustik in Ziff. 1.2.4 Abs. 3 der Anlage 1: „Die Mindest- und Höchstsätze der Honorare für die ... Grundleistungen der Bauakustik ...“). Werden also zukünftig Honorarvereinbarungen nicht schriftlich oder nicht bei Auftragserteilung geschlossen, bleibt es für die Grundleistungen bei der Rechtsfolge des § 7 Abs. 5 HOAI und damit der Geltung der Mindestsätze. Ob in diesem Fall formfreie Honorarvereinbarungen preisrechtlich nicht geregelter Leistungen, wie bspw. für Besondere Leistungen nach § 3 Abs. 3

⁷² Ausf. *Berger*, in: Fuchs/Berger/Seifert, HOAI § 7 Rn. 181.

⁷³ *BGH*, NZBau 2008, 65.

⁷⁴ Diese Formulierung sollte bei einer Überarbeitung der HOAI überdacht werden, da eine „unverbindliche Regelung“ ein Widerspruch in sich ist.

Satz 3 HOAI, mit entfallen und durch die übliche Vergütung nach § 632 BGB ersetzt werden, ist nach Maßgabe des § 139 BGB im Einzelfall anhand der konkreten vertraglichen Gestaltung zu prüfen. Regelmäßig wird die Auslegung ergeben, dass nach dem maßgeblichen hypothetischen vernünftigen Willen der Parteien nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte die Geltung der Honorarvereinbarung im Übrigen gewollt sein würde.⁷⁵ Dies gilt jedenfalls, soweit die übrigen (ehemals preisfreien) Honorarvereinbarungsbestandteile gesondert getroffen wurden. Wurde hingegen eine Gesamtpauschale für alle beauftragten Grund- und Besonderen sowie weiteren preisfreien Leistungen getroffen, kann die Auslegung auch zu dem Ergebnis gelangen, dass eine Gesamtnichtigkeit der Honorarvereinbarung eintritt mit der Folge, dass gemäß § 7 Abs. 5 HOAI für die Grundleistungen die Mindestsätze als vereinbart gelten und für die übrigen Leistungen gemäß § 650q Abs. 1 i.V.m. § 632 Abs. 2 BGB die übliche Vergütung verlangt werden kann.

- 60 Auch beim Umbauszuschlag ändert sich nichts. Dieser ist unter Berücksichtigung des Schwierigkeitsgrads der Leistungen nach § 6 Abs. 2 Satz 2 HOAI schriftlich zu vereinbaren. Fehlt es an einer schriftlichen Vereinbarung, wird nach Satz 4 dieser Vorschrift unwiderleglich vermutet, dass ein Zuschlag von 20% ab einem durchschnittlichen Schwierigkeitsgrad vereinbart ist.

4.5 Klagen auf Anpassung der Vergütung nach § 650q Abs. 2 BGB

- 61 Für ab dem 01.01.2018 geschlossene Architekten- und Ingenieurverträge gelten die in das Bürgerliche Gesetzbuch neu aufgenommenen Vorschriften der §§ 650p ff. BGB. Für Änderungsbegehren des Bestellers (Auftraggebers) verweist § 650q Abs. 1 BGB für den Architekten- und Ingenieurvertrag auf die im Bauvertragsrecht verortete Vorschrift des § 650b BGB. Nach dessen Abs. 1 ist vorrangig eine Vereinbarung der Parteien über die Änderung und die Vergütungsanpassung vorgesehen. Kommt diese innerhalb von 30 Tagen nach Äußerung eines Änderungsbegehrens nicht zustande, kann der Besteller die Änderungsleistung nach dem dortigen Abs. 2 einseitig verbindlich anordnen. Anders als beim Bauvertrag gilt beim Architekten- und Ingenieurvertrag die Vergütungsanpassungsregelung des § 650c BGB nicht unmittelbar. Vielmehr bestimmt § 650q Abs. 2 Satz 1, dass für die Vergütungsanpassung im Fall von Anordnungen nach § 650b Abs. 2 BGB die Entgeltberechnungsregelungen der HOAI in der jeweils geltenden Fassung gelten, soweit infolge der Anordnung zu erbringende oder entfallende Leistungen vom Anwendungsbereich der Honorarordnung erfasst werden. Fraglich ist, ob diese Rechtsfolgenanordnung nach dem EuGH-Urteil vom 04.07.2019 noch aufrechterhalten bleiben kann.
- 62 Die Beurteilung dieser Frage wird dadurch nicht einfacher, dass schon nach bisheriger Rechtslage der Verweis auf die HOAI systematisch hoch problematisch war, da die HOAI, wie oben dargestellt, keinen konkreten Preisanspruch gewährt, sondern ausschließlich einen Preisrahmen setzt.⁷⁶ Bedenken an der Anwendbarkeit des Verweises nach Verkündung des EuGH-Urteils vom 04.07.2019 könnten sich daraus ergeben, dass zumindest für Änderungsleistungen, die sich auf Grundleistungen (für Besondere Leistungen hält die HOAI keine Honorarvorgaben bereit, sodass Satz 1 nicht einschlägig sein kann) auswirken, das verbindliche Preisrecht über den Verweis in § 650q Abs. 2 Satz 1 BGB aufrechterhalten bleibt. Dies könnte als Fortsetzung des vom EuGH beanstandeten Vertragsverstoßes verstanden werden. Dagegen spricht allerdings der Rege-

⁷⁵ Ähnlich *Berger*, in: Fuchs/Berger/Seifert, HOAI § 7 Rn. 99.

⁷⁶ Zur Kritik vgl. im Einzelnen *Fuchs*, in: Leupertz/Preussner/Sienz, BeckOK Bauvertragsrecht, 5. Ed. Stand 30.04.2019, § 650q Rn. 68.

lungszweck der Dienstleistungsrichtlinie. Diese beruht auf der ständigen Rechtsprechung des EuGH, dass nationale Vorschriften, die es Unternehmen verbieten, von den im nationalen Recht vorgesehenen Mindesttarifen abzuweichen, Unternehmen, die in einem anderen Mitgliedsstaat niedergelassen sind, die Möglichkeit nehmen, durch geringere Honorarforderungen als den vom nationalen Gesetzgeber festgesetzten den Unternehmen wirksam Konkurrenz zu machen, die in dem betreffenden Mitgliedsstaat ihren festen Sitz haben und denen es daher leichter als im Ausland niedergelassenen Unternehmen fällt, sich einen Kundenstamm aufzubauen.⁷⁷ Blicke das verbindliche Preisrahmenrecht der HOAI jedoch für den Vertragsschluss unangewendet und herrschte daher bei Vertragsschluss freier Preiswettbewerb, ließe sich durchaus vertreten, dass damit dem Regelungszweck des Art. 15 Abs. 2 Buchst. g) der Dienstleistungsrichtlinie Genüge getan wurde, sodass sich eine staatliche Preisvorgabe für Änderungsleistungen nicht mehr als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit erweisen würde.

- 63 Um der Kommission jedoch keine unnötigen Angriffspunkte für ein Follow up-Verfahren zu geben, sollten insbesondere öffentliche Auftraggeber als Teil des Mitgliedsstaates keine Vorgaben aufstellen, wonach sich das Änderungshonorar für Grundleistungen zwingend nach dem Preisrahmen der HOAI zu richten habe. Haben die Parteien jedoch, wie derzeit und voraussichtlich zukünftig durch die RBBau-Vertragsmuster vorgesehen, ein Berechnungshonorar nach den Parametern der HOAI vereinbart, erscheint ein vertraglicher Verweis auf § 10 HOAI (der die Honorarfolgen von Leistungsänderungen regelt) unproblematisch zu sein. Denn letztlich wird damit für Änderungsleistungen die vertragliche Vergütungsvereinbarung (Berechnungshonorar nach HOAI) fortgeschrieben. Allerdings sollte in einem entsprechenden Verweis vorsorglich klargestellt werden, dass auch bei der Honorarfortschreibung nach § 10 HOAI der freie Preiswettbewerb aus der Vertragsanbahnungsphase bzw. dem Vergabeverfahren fortgeschrieben wird, indem bspw. auf den vom vereinbarten Zu- oder Abschlag von den sich nach der HOAI ergebenden Honoraren verwiesen wird. Ein vertraglicher klarstellender Verweis auf § 650q Abs. 2 BGB scheint ebenfalls unproblematisch zu sein. Denn dessen Satz 1 lässt sich bereits richtlinienkonform so auslegen, dass ein Anwendungsbereich der HOAI nach dem EuGH-Urteil vom 04.07.2019 nicht mehr gegeben ist. Anderenfalls müsste die Rechtsprechung im Streitfall den Verweis in Satz 1 auf die HOAI unangewendet lassen, soweit eine europarechtskonforme Auslegung nicht möglich ist, was vorliegend aufgrund des klaren Wortlauts nicht möglich erscheint. Dann gälten Sätze 2 und 3 dieser Vorschrift, die – ohne Einigung – letztlich auf die bauvertragliche Vorschrift des § 650c BGB verweisen.

4.6 Klagen auf Honoraranpassung nach § 313 BGB

- 64 Letztlich vom Einzelfall abhängig ist die Frage, ob sich die Vertragsparteien, die vor Verkündung des EuGH-Urteils vom 04.07.2019 einen Architekten- oder Ingenieurvertrag mit einer Honorarvereinbarung innerhalb des Preisrahmens des § 7 Abs. 1 HOAI geschlossen haben, erfolgreich auf die Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB mit der Folge einer entsprechenden Anpassung des Vertrages berufen können. Architekten und Ingenieure könnten mit dieser Behauptung versuchen darzulegen, dass sie in Kenntnis der Unverbindlichkeit des Preisrahmens ein Honorar oberhalb der Höchstsätze angeboten, verhandelt und vereinbart hätten. Eher wahrscheinlich ist jedoch der Fall, dass umgekehrt Auftraggeber vorbringen werden, dass sie nur ein Honorar unterhalb der Mindestsätze akzeptiert hätten.

⁷⁷ Schlussanträge des Generalanwalts im Verfahren C-377/17 vom 28.02.2019, Rn. 40; *EuGH* Urt. v. 12.12.2013 – C-327/12, *EuZW* 2014, 356.

65 Nach ständiger Rechtsprechung des *BGH* sind Geschäftsgrundlage die bei Abschluss des Vertrages zu Tage getretenen, dem anderen Teil erkennbar gewordenen und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen einer Partei oder die gemeinsamen Vorstellungen beider Parteien vom Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien hierauf aufbaut.⁷⁸ Anerkannt ist in der Rechtsprechung, dass Gesetzesänderungen die Geschäftsgrundlage eines bürgerlich-rechtlichen Vertrages so verändern können, dass Leistung und Gegenleistung nicht mehr in dem zuvor vereinbarten Verhältnis stehen und dass die vertraglichen Absprachen dann nach den Regeln über den Wegfall oder die Änderung der Geschäftsgrundlage anzupassen sind.⁷⁹ Dabei dürften jedoch strenge Anforderungen gelten. Zwar geht zum einen ein zwingender Preisrahmen jedenfalls mittelbar in die wirtschaftliche Kalkulation der Vergütungsabrede mit ein. Veränderungen der Kalkulationsgrundlage werden im Rahmen des § 313 BGB aber nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen berücksichtigt.⁸⁰ Zum anderen besteht die Dienstleistungsrichtlinie seit Ende 2006, Änderungen des verbindlichen Preisrahmens waren zumindest nicht auszuschließen und daher bis zu einem gewissen Grad vorhersehbar. Es dürfte daher, ähnlich wie bei Änderungen in der Steuergesetzgebung,⁸¹ eine Tendenz bestehen, diese Risiken in der Risikosphäre des jeweils betroffenen Vertragspartners zu belassen, zumal wenn es sich wie bei der HOAI um wirtschaftslenkende Regelungen handelt.⁸² Selbst wenn man wegen des Wegfalls des verbindlichen Preisrahmens von einer Änderung der Geschäftsgrundlage des Architekten- oder Ingenieurvertrags ausgehen wollte, könnte eine Vertragsanpassung nur dann in Betracht kommen, wenn dem Anpassungsbegehrenden das weitere Festhalten am Vertrag nicht mehr zumutbar wäre. Zu berücksichtigen ist dabei, dass mit der Dienstleistungsrichtlinie die Beseitigung eines Hemmnisses für den Markteintritt angestrebt wurde. Dieser Regelungszweck wäre jedoch durch eine nachträgliche Anpassung der Honorarvereinbarung, gleich auf wessen Veranlassung sie erfolgt, nicht Rechnung zu tragen, da keine neue Wettbewerbssituation geschaffen würde. Dass der Zweck der gesetzlichen Regelung, wegen deren Änderung eine Vertragsanpassung begehrt wird, für die Zumutbarkeitsprüfung relevant sein kann, entspricht der höchstrichterlichen Rechtsprechung.⁸³ Ein Berufen auf § 313 BGB unter Berufung auf den Wegfall des verbindlichen Preisrahmens dürfte daher nur ausnahmsweise im Einzelfall erfolgreich sein.

5 Konsequenzen für die öffentliche Auftragsvergabe

5.1 Die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen nach bisherigem Recht

5.1.1 Berücksichtigung der HOAI im Vergabeverfahren

66 Aus § 127 Abs. 2 GWB ergibt sich, dass die öffentlichen Auftraggeber bei der Ermittlung des wirtschaftslisten Angebots verbindliche Vorschriften zur Preisgestaltung zu beachten haben. Die Vorschrift basiert auf Art. 67 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU und Art. 82 Abs. 1 Richtlinie 2014/25/ EU, wonach die Ermittlung des wirtschaftslisten Angebots unter Berücksichtigung an „für den Preis bestimmter Lieferung oder Vergütung bestimmter Dienstleistungen geltenden nationalen Rechts-

⁷⁸ Bspw. so schon BGHZ 25, 390, 392 = NJW 1958, 297.

⁷⁹ Bspw. BAGE 42, 336, 343 = NJW 1984, 686 m. zahlr. w. Nachw.

⁸⁰ *Finkenauer*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 208.

⁸¹ *Ausf. Finkenauer*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 232.

⁸² Zum vergleichbaren Fall der Änderungen im Steuerrecht *Finkenauer*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 234 m. w. Nachw. in Fn. 807.

⁸³ *WAG*, NJW 1991, 1562 für eine Änderung der Gebührenordnung für Ärzte.

und Verwaltungsvorschriften“ zu erfolgen hat. § 127 Abs. 2 GWB verweist nicht ausdrücklich auf die HOAI. Wie sich aus der Gesetzesbegründung ergibt, hat der Gesetzgeber der Vorschrift praktische Relevanz jedoch vor allem bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen beigemessen, für die nach der HOAI Mindest- und Höchstsätze festgelegt sind.⁸⁴

- 67 § 127 Abs. 2 GWB wird ergänzt durch § 76 Abs. 1 S. 2 der Vergabeverordnung (VgV). Diese Bestimmung findet sich in Abschnitt 6 der VgV, der besondere Vorschriften für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen enthält. § 76 Abs. 1 S. 2 VgV bestimmt:

„Ist die zu erbringende Leistung nach einer gesetzlichen Gebühren- oder Honorarordnung zu vergüten, ist der Preis in dort vorgeschriebenen Rahmen zu berücksichtigen.“

- 68 Auch § 76 Abs. 1 S. 2 VgV referenziert nicht ausdrücklich auf die HOAI.

- 69 Zwar ergab sich für Auftraggeber – auch öffentliche Auftraggeber – die Verpflichtung zur Berücksichtigung der verbindlichen Mindest- und Höchstsätze der HOAI bislang schon unmittelbar aus den gesetzlichen Bestimmungen der HOAI, so dass es eines „Anwendungsbefehls“ oder „Berücksichtigungsgebots“ des verbindlichen Preisrechts der HOAI für das Vergabeverfahren an sich nicht bedurfte. Gleichwohl hatten § 127 Abs. 2 GWB und § 76 Abs. 1 S. 2 VgV in Bezug auf das Preisrecht der HOAI nicht nur deklaratorische Bedeutung. Da die HOAI nach ihrem § 1 nur für die Berechnung der Entgelte für Leistung von Architekten und Ingenieuren mit Sitz im Inland und soweit die Leistungen vom Inland aus erbracht werden, gilt, konnte bei Beteiligung ausländischer Architekten an inländischen Vergabeverfahren bislang eine Inländerdiskriminierung auftreten. Ausländische Architekten und Ingenieure durften mit ihren Angeboten die Mindestsätze der HOAI unterschreiten und der Auftraggeber durfte solche Angebote grundsätzlich auch annehmen, während dies bei inländischen Architekten nicht der Fall war. Diese Ungleichbehandlung war jedoch mit dem vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgebot, wie es in § 97 Abs. 2 GWB statuiert wird, vereinbar, weil auch § 97 Abs. 2 GWB eine Ungleichbehandlung zulässt, die aufgrund des GWB ausdrücklich geboten oder gestattet ist. § 127 Abs. 2 GWB i.V.m. § 1 HOAI legalisierte daher eine Ungleichbehandlung von inländischen und ausländischen Architekten und Ingenieuren im Hinblick auf eine HOAI-Mindestsatzunterschreitung im Vergabeverfahren.⁸⁵

- 70 § 127 Abs. 2 GWB bestimmt nicht, wie die öffentlichen Auftraggeber bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots verbindliche Vorschriften zur Preisgestaltung zu beachten haben. Insoweit war allerdings im Grundsatz anerkannt, dass der Auftraggeber Angebote, bei denen – nach dem Ergebnis des Vergabeverfahrens - Mindestsätze der HOAI unterschritten werden (der Fall der Höchstsatzüberschreitung spielt im Vergabewettbewerb de facto keine Rolle) nicht zum Zuge kommen lassen darf, auch wenn sie die Zuschlagskriterien erfüllen,⁸⁶ d.h. ausschließen muss.

⁸⁴ *Begr. VergModG 2016, BT-Drucks. 18/6281, S. 112. Praktische Relevanz hat die Vorschrift zum Beispiel aber auch bei der Beschaffung von Schulbüchern, die der Buchpreisbindung unterliegen.*

⁸⁵ Vgl. *Opitz*, in: *Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar*, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 127 GWB Rn. 91.

⁸⁶ Vgl. etwa *OLG Celle*, NZBau 2016, 711; *OLG Frankfurt*, ZfBR 2009, 83; *OLG Frankfurt*, VergabeR 2006, 382; *OLG Stuttgart*, NZBau 2003, 517.

- 71 Zwar war Preiswettbewerb auch für die Grundleistungen bislang innerhalb der von der HOAI vorgegebenen Mindest- und Höchstpreise zulässig.⁸⁷
- 72 Dieser Spielraum kam jedoch häufig nicht zum Tragen, weil die Grundleistung von allen Bietern nach dem Mindestsatz angeboten wurde. Dies hatte zur Folge, dass der Preis, sofern dieser vom Auftraggeber als Zuschlagskriterium bzw. eines der Zuschlagskriterien festgelegt wurde, bezüglich der Grundleistungen in der Gesamtbewertung oftmals faktisch ausfiel. Vielfach beschränkte sich der Preiswettbewerb bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen auf Leistungen, für die nach der HOAI keine Mindest- und Höchstsätze vorgesehen sind, d.h. auf Umbau- und Modernisierungszuschläge, Nebenkosten, die Besonderen Leistungen nach den Leistungsbildern der HOAI oder ergänzende Beratungsleistungen. Bei Bauvorhaben, deren anrechenbare Kosten außerhalb der Honorartafel der HOAI lagen, bei denen das Honorar für die Grundleistungen gemäß § 7 Abs. 2 HOAI frei vereinbart werden kann, konnte Preiswettbewerb ausnahmsweise voll zum Tragen kommen.

5.1.2 Mindestsatzunterschreitung im Vergabeverfahren

- 73 § 127 Abs. 2 GWB löst Handlungspflichten des öffentlichen Auftraggebers sowohl bei der Vorbereitung des Vergabeverfahrens als auch im Stadium der Angebotswertung aus.⁸⁸
- 74 Als unzulässig war es daher anzusehen, wenn der öffentliche Auftraggeber im Vergabeverfahren (ausdrücklich) Angebote forderte, die die Mindestsätze der HOAI unterschreiten.⁸⁹
- 75 Auch jenseits dieser Fälle durfte der öffentliche Auftraggeber im Vergabeverfahren nicht die Augen vor einer unzulässigen Mindestsatzunterschreitung verschließen, sondern er war verpflichtet, im Rahmen der Angebotsprüfung einer etwaigen unzulässigen Mindestsatzunterschreitung der HOAI nachzugehen.⁹⁰
- 76 Dies stellte die öffentlichen Auftraggeber zuweilen vor besondere Herausforderungen. Zwar ist der einschlägige Honorarmindestsatz der HOAI objektiv zu bestimmen.⁹¹
- 77 Allerdings hängt diese Bestimmung unter anderem von der Objektbildung und der Einordnung des Bauvorhabens in eine bestimmte Honorarzone ab, was zum Teil komplexe Beurteilungen erfordert. Gleiches gilt für die Frage, ob nach § 7 Abs. 3 HOAI ausnahmsweise eine Mindestsatzunterschreitung möglich ist und die Frage, ob ggf. Honorarminderungen für Wiederholungsleistung nach § 11 Abs. 2 und 3 HOAI zu berücksichtigen sind. Die Vergabep Praxis kannte daher Fälle, in denen Auftraggeber und Bieter oder auch Bieter untereinander zu durchaus unterschiedlicher Berechnung des einschlägigen Ho-

⁸⁷ Vgl. z.B. *OLG Stuttgart*, NZBau 2003, 517; *VK Nordbayern* Beschl. v. 20.12.2011 – 21-VK-3194, 38/11, IBR 2018, 165; *Müller-Wrede*, in: Müller-Wrede, GWB, 2016, § 127 Rn. 77.

⁸⁸ *Höverlberndt*, in: Reidt/Stickler Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl., § 127 Rn. 124.

⁸⁹ *OLG Düsseldorf* Beschl. v. 07.07.2004 – VII-Verg 15/04, BeckRS 2004, 12149. Zu einer Vergabe mit festem Budget, das die Mindestsätze unterschreitet vgl. *OLG Düsseldorf*, NZBau 2018, 356.

⁹⁰ Für eine Pflicht zur Angebotsaufklärung *OLG Stuttgart*, NZBau 2003, 517; *VK Hessen*, ZfBR 2006, 194; *Müller-Wrede*, in: Müller-Wrede, GWB, 2016, § 127 Rn. 83.

⁹¹ Vgl. oben unter Ziffer 4.1.

norarmindestsatzes kamen. Auch Fälle, in denen ein Bieter im Vergabeverfahren bei Angebotsabgabe eine bestimmte Objekteinordnung und Honorarzone zugrunde legte und nach Zuschlagserteilung geltend machte, diese Annahmen seien objektiv unrichtig gewesen, waren gelegentlich zu beobachten.

- 78 Um vergleichbare Angebote zu erhalten und damit einen ordnungsgemäßen Vergabewettbewerb durchführen zu können, war es daher erforderlich, dass der Auftraggeber jedenfalls die Umstände, die für die Ermittlung des Honorars nach der HOAI erforderlich sind (anrechenbare Kosten, Leistungsbild, Objekte, Komplexität) in den Vergabeunterlagen genau angibt. Häufig wurde auch die Honorarzone vom Auftraggeber vorgegeben. Weil die Bestimmung der Honorarzone nicht Gegenstand des Wettbewerbs sein dürfe, hatte die Vergabekammer des Bundes die Festlegung der Honorarzone durch den öffentlichen Auftraggeber sogar für zwingend erforderlich gehalten.⁹²
- 79 Zwar hatte das Oberlandesgericht Koblenz im Jahr 2014 gegenteilig entschieden und eine Festlegung der Honorarzone durch den öffentlichen Auftraggeber mit dem Argument ausgeschlossen, die Tätigkeit von Bietern aus anderen EU-Mitgliedstaaten unterliege nicht den Vorgaben der HOAI.⁹³ Dies überzeugte jedoch nicht recht, da der Beteiligung ausländischer Bieter am Vergabewettbewerb auch dadurch Rechnung getragen werden kann, dass die entsprechende Einzonung unter den Vorbehalt der Anwendbarkeit der HOAI bei der Angebotserstellung gestellt wird.⁹⁴
- 80 In der Vergangenheit wurden unterschiedliche Auffassungen zu der Frage vertreten, wie mit einem Angebot zu verfahren ist, das nach der Prüfung des Auftraggebers die Honorarmindestsätze der HOAI unzulässig unterschreitet.
- 81 Nach der wohl herrschenden Rechtsansicht sollte dies nicht sofort zum Angebotsausschluss führen. Es hatte sich die Rechtsmeinung gebildet, dass der Auftraggeber in einem solchen Fall verpflichtet sei, im Rahmen einer Nachverhandlung bzw. erneuten Angebotsaufforderung auf ein preisrechtlich zulässiges Angebot hinzuwirken. Dies sollte zumindest dann gelten, wenn die vom Auftraggeber gewählte Verfahrensart – nach § 74 VgV in der Regel das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb oder der wettbewerbliche Dialog – eine Nachverhandlung bzw. erneute Angebotsaufforderung zulässt.⁹⁵
- 82 Diese Rechtsansicht war allerdings zweifelhaft, zumal der öffentliche Auftraggeber seit dem Jahr 2016 ausdrücklich bestimmen kann, dass er sich vorbehält, ein Verhandlungsverfahren durch Zuschlagserteilung auf die Erstangebote, d.h. ohne Verhandlungen, zu beenden. Auch konnte die Frage einer Verpflichtung zur erneuten Angebotsabgabe wohl nicht davon abhängen, ob der Auftraggeber in den Vergabeunterlagen explizit zur Abgabe HOAI-konformer Angebote aufgefordert hatte, was zum Teil vertreten wurde.⁹⁶

⁹² VK Bund Beschl. v. 22.08.2001- VK 2-24/01, IBR 2002, 38 = IBRRS 2013, 3315.

⁹³ OLG Koblenz, NZBau 2014, 244; ebenso VK Hessen Beschl. v. 27.7.2015, 69d - VK - 24/2015.

⁹⁴ So z.B. Wiedemann, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB, § 127 Rz. 55; Hövelberndt, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl., § 127 GWB Rn. 130.

⁹⁵ OLG Celle, NZBau 2016, 711; OLG Frankfurt, ZfBR 2009, 83; OLG Brandenburg, ZfBR 2008, 312; OLG Frankfurt, ZfBR 2006; OLG Frankfurt, VergabeR 2006, 382; OLG Stuttgart, NZBau 2003, 517; Wiedemann, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB, § 127 Rn. 55; Stolz, VergabeR 2016, 351, 362; a.A. Kratzenberg/Wönicker NZBau 2008, 491, 492 ff.; Müller-Wrede, VergabeR 2010, 754, 759 f. offenbar aufgegeben in: Müller-Wrede, VgV/UVgO, 5. Aufl., § 76 Rn. 94.

⁹⁶ So aber Müller-Wrede, GWB, 2016, § 127 Rn. 83; Kratzenberg/Wönicker, NZBau 2008, 491, 493; Müller-Wrede, VergabeR 2010, 754, 759 f.

- 83 Soweit Nachverhandlungen nicht möglich waren, d.h. der Auftrag im Offenen oder Nichtoffenen Verfahren vergeben wurde, sollte das Angebot unmittelbar auszuschließen sein, wenn im Rahmen der Angebotsaufklärung eine Mindestsatzunterschreitung festgestellt wurde.⁹⁷
- 84 Erwogen wurde ein unmittelbarer Angebotsausschluss auch dann, wenn die Mindestsatzunterschreitung auf einem systematischen Willen der Verletzung der HOAI beruhte und damit zugleich eine mangelnde fachliche oder persönliche Eignung des Bieters zu erkennen gab,⁹⁸ was durch den Auftraggeber normalerweise aber ohnehin nicht feststellbar ist.
- 85 Vom OLG Frankfurt wurde schließlich auch der Weg angedeutet, ein HOAI-widriges Honorar im Rahmen der Angebotswertung ohne Nachverhandlungen auf die Mindestsätze anzuheben.⁹⁹ Eine solche Anhebung ist zwar die Konsequenz, die sich nach der Rechtsprechung des BGH zur Teilnichtigkeit von Vergütungsvereinbarungen, die dem gesetzlichen Preisrecht der HOAI-widersprechen, ergab, wenn der Zuschlag auf ein Angebot mit unzulässiger HOAI-Mindestsatz-unterschreitung erteilt wird.¹⁰⁰ Gleichwohl schien dieser Weg dem – außerhalb des Verhandlungsverfahrens und dem wettbewerblichen Dialog – bestehenden Nachverhandlungsverbot zu widersprechen, wonach der Auftraggeber das Angebot eines Bieters nur so bewerten und bezuschlagen darf, wie es vom Bieter unterbreitet wurde.

5.2 Rechtslage nach der Entscheidung des EuGH v. 04.07.2019

5.2.1 Keine Berücksichtigung des verbindlichen Preisrechts der HOAI im Vergabeverfahren

- 86 Der EuGH hat entschieden: Die Bundesrepublik Deutschland hat gegen Unionsrecht verstoßen, weil sie trotz der Verpflichtungen aus Art. 15 der Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG, wonach nationale Rechts- und Verwaltungsvorschriften zur Beachtung von festgesetzten Mindest- und/oder Höchstpreisen zu prüfen und ggf. zu ändern sind, verbindliche Honorare für Architekten und Ingenieure beibehalten hat.
- 87 Zukünftig sind die Höchst- und Mindestsatzregelungen der HOAI bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots nach § 127 Abs. 2 GWB und § 76 Abs. 1 S. 2 VgV nicht mehr zu berücksichtigen. Dies ergibt sich ohne weiteres aus dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts¹⁰¹ und bedarf keiner „Umsetzung“ der Entscheidung des EuGH durch eine Änderung der HOAI. Die §§ 127 Abs. 2 GWB und 76 Abs. 1 S. 2 VgV betreffen von vornherein nur mit dem Unionsrecht vereinbare und damit anwendbare Vorschriften zur Preisgestaltung. Eine Änderung von § 127 Abs. 2 GWB oder § 76 Abs. 1 S. 2 VgV ist auch nicht erforderlich, weil diese Vorschriften nicht explizit auf die HOAI referenzieren.¹⁰²

⁹⁷ Wiedemann, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB, § 127 Rn. 55; Hövelberndt, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl., § 127 Rn. 131.

⁹⁸ Letztlich offen gelassen von OLG Stuttgart, NZBau 2003, 517 und OLG Frankfurt, ZfBR 2006, 383. Vgl. auch Müller-Wrede, in: Müller-Wrede, VgV/UVgO, 5. Aufl. § 76 Rn. 89.

⁹⁹ OLG Frankfurt, ZfBR 2006, 383. So auch VK Baden-Württemberg Beschl. v. 10.02.2003 – 1 VK 72/02.

¹⁰⁰ Vgl. nur BGH, NZBau 2008, 65.

¹⁰¹ Vgl. oben Ziffer 3.1.

¹⁰² Gleiches gilt im Übrigen für § 77 Abs. 3 VgV. Auch § 79 Abs. 1 VgV verweist nur auf die „jeweils geltende Honorarordnung“.

- 88 Wenn die Höchst- und Mindestsatzregelungen der HOAI bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots nicht mehr zu beachten sind, bedeutet das zunächst, dass der Auftraggeber Angebote, die die Honorarmindestsätze der HOAI unterschreiten (oder die Honorarhöchstsätze überschreiten) nicht ausschließen *muss*. Vielmehr kann er auch Angebote unterhalb dieser Grenze akzeptieren und zwar nicht nur von ausländischen, sondern auch von inländischen Bietern. Aus der Nichtanwendung der Höchst- und Mindestsatzregelungen der HOAI folgt aber auch, dass der Auftraggeber Angebote, die die Honorarmindestsätze der HOAI unterschreiten (oder die Honorarhöchstsätze überschreiten) nicht alleine aus diesem Grund ausschließen *darf*. Angebote, die die Honorarmindestsätze der HOAI unterschreiten sind vielmehr ungeachtet der verbindlichen Preisregeln der HOAI zu prüfen und zu werten. Sie sind im Vergabewettbewerb so zu behandeln wie bislang Angebote für Dienstleistungen behandelt wurden, für die kein gesetzliches Preisrecht gilt (z.B. für Projektsteuerungsleistungen). Schließlich *darf* der Auftraggeber auch die Vergabeunterlagen auch nicht so gestalten, dass nur vornherein nur Preise innerhalb der Höchst- und Mindestsätze der HOAI angeboten werden können. Soweit der Auftraggeber Preisangebote für Architekten- und Ingenieurleistungen einholt, muss er Preise unterhalb der Mindest- und oberhalb der Höchstsätze der HOAI zulassen.¹⁰³
- 89 Die europarechtlich gebotene Nichtanwendung der Mindest- und Höchstpreisregelung der HOAI hat nicht zur Folge, dass der Auftraggeber die Architekten- oder Ingenieurleistung nicht mehr unter Rückgriff auf die Leistungsbilder der HOAI beschreiben darf. Nach wie vor bleibt auch die Möglichkeit, vertraglich eine Abrechnung nach der Systematik der HOAI, d.h. nach Objekten, anrechenbaren Kosten, einem Honorarsatz und der Honorarzone vorzusehen. In diesem Fall kann z.B. – auf die HOAI referenzierend – der Honorarsatz oder ein prozentualer Abschlag auf den Honorarhöchst-, Honorarmittel- oder auch Honorarmindestsatz zum Gegenstand des Preiswettbewerbs gemacht werden.
- 90 Es ist – auch in der Rechtsprechung des EuGH – anerkannt, dass der Gesamtpreis zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung noch unbestimmt sein kann.¹⁰⁴ Anstelle eines Pauschalpreises kann der Auftraggeber im Vergabeverfahren daher auch mengenbezogene Einheitspreise oder zeitbezogene Honorare oder eben andere Preisfaktoren, nach denen die Vergütung des Auftragnehmers ex post errechnet wird, als Zuschlagskriterien bestimmen. So ist es etwa – um nur ein Beispiel zu nennen - bei der Vergabe von Arzneimittel-Rabattverträgen nach § 130a Abs. 8 SGB V, bei denen Gegenstand des Wettbewerbs Rabatte auf den Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmens (Herstellerabgabepreis) sind. Der Gestaltungsspielraum des Auftraggebers ist hier groß, solange die allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze für Festlegung und Bekanntmachung von Zuschlagskriterien beachtet werden und insbesondere sichergestellt ist, dass das Zuschlagskriterium dem Auftraggeber keine „uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit“ einräumt.¹⁰⁵

5.2.2 Ungewöhnlich niedrige Angebote im Vergabeverfahren

- 91 Die Nichtanwendbarkeit der Höchst- und Mindestpreisregeln der HOAI führt auch nicht dazu, dass der öffentliche Auftraggeber in Zukunft jedes auch noch so niedrige Preisangebot für Architekten- oder Ingenieurleistungen akzeptieren muss. Das Vergaberecht hält Instrumente bereit, um dem ungezügelmten Preiswettbewerb entgegenzutreten. So regelt § 60 VgV, der für alle Arten von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen gilt und auf Art. 69 der EU-Vergaberichtlinie 2014/24/EU beruht, den Ausschluss „ungewöhnlich niedriger Angebote“. Wie bereits ausgeführt, darf der öffentliche Auftraggeber nach § 60 Abs. 3

¹⁰³ Zu Festpreisvergaben sogleich unter Ziffer 5.2.3.2.

¹⁰⁴ *EuGH* Ur. v. 26.04.1994 - Rs. C-272/91 (Lottomatica) Rn. 25.

¹⁰⁵ Vgl. zuletzt *EuGH* Ur. v. 20.09.2018 – Rs. C-546/16, Rn. 31 (Montte), IBRRS 2018, 3048; *EuGH* Ur. v. 10.05.2012 - Rs. C-368/10, Rn. 87 (Max Havelaar).

S. 1 VgV den Zuschlag auf ein Angebot ablehnen, wenn er die geringe Höhe des angebotenen Preises oder der angebotenen Kosten nicht zufriedenstellend aufklären kann.

92 § 60 Abs. 1 VgV bestimmt, dass der Auftraggeber vom Bieter zunächst eine Angebotsaufklärung verlangen muss, wenn der Preis oder die Kosten eines Angebots im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig erscheint. Diese Prüfung kann nach § 60 Abs. 2 S. 2 VgV insbesondere betreffen:

1. die Wirtschaftlichkeit des Fertigungsverfahrens einer Lieferleistung oder der Erbringung der Dienstleistung,
2. die gewählten technischen Lösungen oder die außergewöhnlich günstigen Bedingungen, über die das Unternehmen bei der Lieferung der Waren oder bei der Erbringung der Dienstleistung verfügt,
3. die Besonderheiten der angebotenen Liefer- oder Dienstleistung,
4. die Einhaltung der Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, insbesondere der für das Unternehmen geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften, oder
5. die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an das Unternehmen.

93 Bei der Vergabe- von Architekten- und Ingenieurleistungen, die maßgeblich durch den Produktionsfaktor „Personal“ bestimmt werden, kommt insofern dem Umfang des Personaleinsatzes und den Lohnkosten entscheidende Bedeutung zu. Der Umfang des Personaleinsatzes ist bei erfahrenem Personal tendenziell geringer als bei unerfahrenem Personal, zugleich liegen die Lohnkosten erfahrenen Personals jedoch tendenziell höher als bei unerfahrenem Personal. Ob bei der Struktur der Personalkosten deutscher Architekten- und Ingenieurbüros unter den derzeit bestehenden Arbeitsmarktbedingungen tatsächlich wesentliche Unterschiede erkennbar sind, die größere Preisabweichungen rechtfertigen könnten, bleibt abzuwarten. Eine stärkere individuelle Wirkung hat möglicherweise die Prozessrationalisierung. Aspekte der Prozessrationalisierung können bei der Würdigung des Angebotspreises nicht nur in den engen Grenzen berücksichtigt werden, die die Rechtsprechung bislang für die Anwendung von § 7 Abs. 3 HOAI gezogen hatte, sondern auch darüber hinausgehend. Je nach der Eigenart des Auftrags können individuelle Kostenvorteile z.B. aufgrund von dauerhafter Zusammenarbeit von Architekten und Ingenieuren verschiedener Fachrichtungen, der Etablierung (einheitlicher) Arbeitsstandards und QM-Methoden oder der (einheitlichen) Nutzung spezifischer IT-Systeme, etwa für das Building Information Modeling, entstehen. Auch dadurch, dass ein Bieter auf Vorarbeiten aus anderen Projekten - oder einem vorgeschalteten Planungswettbewerb - zurückgreifen kann, kann zu Rationalisierungsvorteilen führen. Und schließlich kann die Nähe eines Bieters zum Ort der Auftragsausführung u.U. Kostenvorteile bewirken.

94 Gegenstand der Prüfung nach § 60 Abs. 1 VgV ist freilich stets das Verhältnis des Angebotspreises zu der zu erbringenden Leistung. Die Ungewöhnlichkeit eines Preises lässt sich daher nicht mit marktstrukturpolitischen Erwägungen, wie der Aufrechterhaltung eines bestimmten Preisniveaus oder eines funktionstüchtigen Wettbewerbs, begründen.¹⁰⁶ Und § 60 Abs. 1 VgV dient auch nicht dazu, Auftragnehmern auskömmliche Preise zu garantieren.¹⁰⁷ Der Zweck der Bestimmungen zum

¹⁰⁶ Zum rechtspolitischen Hintergrund der Regelungen zum Ausschluss ungewöhnlich niedriger Angebote vgl. *Opitz*, in: *Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar*, Bd. 2, 2018, § 16d VOB/A-EU Rn. 17 f.

¹⁰⁷ Vgl. *OLG Düsseldorf*, ZfBR 2002, 820.

Ausschluss ungewöhnlich niedriger Angebote besteht in erster Linie darin, den Auftraggeber vor der Eingehung wirtschaftlicher Risiken zu bewahren, die darin liegen, dass ein Bieter, der den Zuschlag auf ein – bewusst oder auch unbewusst – zu niedrig kalkuliertes Angebot erhält, dadurch geneigt sein kann, den Auftrag nicht in der gebotenen Qualität auszuführen oder in Nachträge auszuweichen oder er durch den Auftrag möglicherweise sogar in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät und den Auftrag nicht zu Ende führen kann. Der *BGH*¹⁰⁸ drückt das so aus:

„Die Regelungen über den möglichen Ausschluss von ungewöhnlich niedrigen Angeboten und die damit korrespondierende Prüfungspflicht basieren auf dem Erfahrungswissen, dass niedrige Preise für die öffentlichen Belange von einem bestimmten Niveau an nicht mehr von Nutzen seien, sondern diese umgekehrt sogar gefährden können, weil sie das gesteigerte Risiko einer nicht einwandfreien Ausführung von Bauleistungen einschließlich eines Ausfalls bei der Gewährleistung oder der nicht einwandfreien Lieferung bzw. Erbringung der nachgefragten Dienstleistung und damit einer im Ergebnis unwirtschaftlichen Beschaffung bergen.“

- 95 Die Pflicht zur Preisaufklärung setzt nach § 60 Abs. 1 VgV ein, sobald die Vergabestelle objektive Anhaltspunkte für ein ungewöhnlich niedriges Angebot hat. Wichtiger Anhaltspunkt ist die Preisdifferenz zwischen dem betroffenen und dem nächst höheren Angebot. Es bestanden lange unterschiedliche Einschätzungen dazu, bei welchem Preisabstand eine „Aufgreifschwelle“ überschritten wird, die den öffentlichen Auftraggeber zur Preisaufklärung zwingt. Vielfach wurde diese Aufgreifschwelle bei einem Preisabstand von 20 % zum nächsthöheren Angebot angesetzt.¹⁰⁹
- 96 Der *BGH* hat die 20%-Grenze mit einer Entscheidung vom 31.07.2017 anerkannt, wenngleich er offen gelassen hat, ob die 20%- Schwelle als unverrückbare Untergrenze anzusehen ist oder

„ob besondere Umstände im Einzelfall Aufklärungsbedarf auch bei geringeren Abständen indizieren können.“¹¹⁰

Der ggf. erforderliche Einzelfallbezug scheint es jedenfalls auszuschließen, für die Vergabe von Architekten- oder Ingenieurleistungen generell von einer niedrigeren Preisdifferenz als Aufgreifschwelle auszugehen.

- 97 Objektive Anhaltspunkte für die Aufklärung eines ungewöhnlich niedrig erscheinenden Angebots können sich allerdings auch aus anderen Gründen als der Preisdifferenz der Angebote untereinander ergeben. Auch Marktdaten und Erfahrungswerte aus anderen Beschaffungsvorgängen, die üblicherweise bereits zu Beginn des Vergabeverfahrens in die Kostenschätzung des Auftraggebers eingehen, können herangezogen werden.¹¹¹

¹⁰⁸ *BGH*, NZBau 2017, 230, Rn. 21.

¹⁰⁹ Vgl. etwa *OLG Frankfurt* Beschl. v. 09.5.2017 – 11 Verg 5/17; *OLG Celle*, NZBau 2016, 385; *OLG Düsseldorf*, ZfBR 2012, 613 *OLG Frankfurt* 30.3.2004 – 11 Verg 4/04 IBR 2004, 452.

¹¹⁰ *BGH*, NZBau 2017, 230, Rn. 15.

¹¹¹ Zur Kostenschätzung des Auftraggebers als Vergleichsmaßstab *EuGH* Urt. v. 19.10.2017 - Rs. C-198/16 P; *OLG Düsseldorf*, NZBau 2018, 377.

- 98 Der EuGH hat festgestellt, dass insoweit mangels einer Definition des Begriffs „ungewöhnlich niedriges Angebot“ oder Regeln zur Identifizierung eines solchen Angebots Sache des öffentlichen Auftraggebers ist, die für die Identifizierung der ungewöhnlich niedrigen Angebote verwendete Methode festzulegen,¹¹² vorausgesetzt, dass diese Methode sachlich und nicht diskriminierend ist.¹¹³ Die Auftragswertschätzung taugt als Vergleichsmaßstab, soweit die Kosten methodisch vertretbar und auch sonst fehlerfrei ermittelt worden sind.¹¹⁴
- 99 Vor diesem Hintergrund ist die Frage zu beantworten, ob die Mindestsätze der HOAI in Zukunft jedenfalls bei der Prüfung nach § 60 Abs. 1 VgV noch Bedeutung erlangen können. Hierfür spricht, dass die Mindestsätze der HOAI durch den Verordnungsgeber nicht willkürlich festgelegt wurden, sondern der Festlegung im Rahmen des Erlasses der HOAI detaillierte Studien vorausgegangen sind.¹¹⁵
- 100 Auch bilden diese Mindestsätze der HOAI – zwangsläufig – auch das bisherige Preisniveau für die Erbringung der in der HOAI genannten Grundleistungen in Deutschland ab. Der öffentliche Auftraggeber muss bei der Anwendung von § 60 Abs. 1 VgV– nicht mehr zwingend anzuwendenden – Mindestsätze der HOAI nicht ignorieren. Bei der Heranziehung der Mindestsätze der HOAI zur Preisprüfung nach § 60 Abs. 1 VgV sind allerdings drei Einschränkungen zu beachten:
- 101 Erstens ist Gegenstand der Preisprüfung nach § 60 Abs. 1 VgV immer der Gesamtpreis des Angebots, so dass eine Unterschreitung des bisherigen HOAI-Mindestsatzniveaus für geforderte Grundleistungen - isoliert betrachtet - noch keinen Anhaltspunkt für ein ungewöhnlich niedriges Angebot gibt, wenn neben den Grundleistungen auch eine Reihe weiterer von der HOAI nicht erfasste oder preislich von der HOAI nicht regulierte Leistungen gefordert und angeboten wurden.
- 102 Zweitens ist auf die Rechtsansicht hinzuweisen, wonach bei Abweichung des Gesamtpreises von weniger als 10 % vom nächstfolgenden Angebot eine Prüfung der Angemessenheit nicht nur nicht veranlasst, sondern sogar unzulässig ist.¹¹⁶ Folgt man dem, kommt eine Preisprüfung aufgrund einer Unterschreitung des bisherigen HOAI-Mindestsatzniveaus nur in Betracht, wenn als zusätzlicher Anhaltspunkt jedenfalls diese Preisdifferenz besteht.
- 103 Drittens ist es denkbar, dass das Preisniveau für Architekten- und Ingenieurleistungen infolge der Nichtanwendung der Mindestpreisregelung der HOAI in Zukunft sinken wird, ohne dass damit zugleich eine Qualitätseinbuße von Architekten- und Ingenieurleistungen einhergehen muss. Eine Absenkung des Marktpreisniveaus wird durch die Transparenzvorschriften des Vergaberechts sogar befördert. Der öffentliche Auftraggeber muss das Ergebnis eines Vergabeverfahrens mitteilen, und zwar nicht nur den nicht zum Zuge gekommenen Bietern nach § 134 Abs. 1 GWB, sondern auch der Öffentlichkeit durch eine entsprechende EU-weite Vergabebekanntmachung. Nach den Mechanismen des Marktes wird für einen Bieter, der sich mit einem Angebot auf HOAI-Mindestsatzniveau am Wettbewerb beteiligt und den Zuschlag nicht erhalten hat, die Annahme naheliegen, dieses Niveau zukünftig unterbieten zu müssen, um bei der nächsten Auftragsvergabe eine realistische Chance

¹¹² *EuGH* Ur. v. 19.10.2017 - Rs. C-198/16 P Rn. 55.

¹¹³ *EuGH* Ur. v. 27.11.2001 - Rs. C-285/99 und Rs. C-286/99, Rn. 68, 69, IBRRS 2002, 0366 = *EuZW* 2002, 58.

¹¹⁴ *OLG Düsseldorf*, NZBau 2018, 377.

¹¹⁵ Siehe hierzu *EuGH* Ur. v. 04.07.2019 – Rs. C-377/17 Rn. 4, IBRRS 2019, 2046 = BeckRS 2019, 13028 sowie zur Aufstellung und Fortschreibung der Tafelwerte der HOAI *De Pascalis*, in: Fuchs/Berger/Seifert, Beck'scher HOAI- und Architektenrechtskommentar, 2016, vor § 1 HOAI vor allem Rn. 8 und 44.

¹¹⁶ *OLG Karlsruhe*, ZfBR 2014, 809; *Stolz*, in: Willenbruch/Wieddekind, Kompaktcommentar Vergaberecht, 4. Aufl., § 16d EU VOB/A Rn. 7.

auf den Zuschlag zu haben. Wenn sich daher – mittelfristig – ein anderes Marktniveau ergibt, als durch die Mindestsätze der HOAI abgebildet wird, erscheint es nicht mehr gerechtfertigt, die derzeitigen Mindestsätze der HOAI als Grundlage für die Auftragswertschätzung des Auftraggebers und als Basis für die vergaberechtliche Prüfung nach § 60 Abs. 1 VgV heranzuziehen.

- 104 Schon diese Einschränkungen sprechen für sich genommen dagegen, dass der Gesetz- oder Verordnungsgeber durch entsprechende Rechtsvorschriften oder höhere Dienststellen für nachgeordnete Behörden durch entsprechende Verwaltungsvorschriften eine Heranziehung der bisherigen Mindestsätze der HOAI bei der Angemessenheitsprüfung nach § 60 Abs. 1 VgV zwingend vorschreiben. Dies gilt, obwohl die Rechtsprechung bislang keine grundsätzlichen Einwände dagegen erhoben hat, dass ein Auftraggeber im Vorfeld einer konkreten Auftragsvergabe oder allgemein für eine Vielzahl von Auftragsvergaben eine solche Aufgreifschwelle festlegt, bei deren Unterschreiten eine Angebotsaufklärung durchgeführt wird,¹¹⁷ solange hierdurch keine endgültige Bindung in der Frage eintritt, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Angebot preislich unangemessen ist.
- 105 Gegen ein solches Vorgehen spricht aber außerdem auch, dass die Beurteilung, ob ein Angebot ungewöhnlich niedrig erscheint, wie auch die Angemessenheitsprüfung als solche, nach Art. 69 Abs. 1 Richtlinien 2004/24/EU nicht dem Mitgliedstaat, sondern dem einzelnen Auftraggeber zugewiesen ist.

5.2.3 Festlegung der Zuschlagskriterien

5.2.3.1 Grundsätzliches

- 106 Aus dem Urteil des *EuGH* in der Rs. C-377/17 folgen keine unmittelbaren Konsequenzen für die Festlegung von Zuschlagskriterien bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen. § 76 Abs. 1 VgV bestimmt insoweit, dass Architekten- und Ingenieurleistungen „im Leistungswettbewerb“ vergeben werden. Die Vorschrift trägt Erwägungsgrund Nr. 90 der RL 2014/24/EU Rechnung, wonach es den Mitgliedstaaten gestattet ist:

„Um eine stärkere Ausrichtung der öffentlichen Auftragsvergabe auf die Qualität zu fördern,, die Anwendung des alleinigen Preis- oder Kostenkriteriums zur Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots zu untersagen oder einzuschränken, sofern sie dies für zweckmäßig halten.“

- 107 Aus § 76 Abs. 1 VgV ergibt sich, dass im Anwendungsbereich des 6. Abschnitts der VgV das Honorar in aller Regel nicht als alleiniges Zuschlagskriterium vorgesehen werden darf.¹¹⁸ Weitergehend wird aus der Vorschrift aber auch gefolgert, dass das wesentliche Zuschlagskriterium qualitativer Art sein soll.¹¹⁹

¹¹⁷ So *OLG Frankfurt* Beschl. v. 29.05.2012 - 11 Verg 5/12, BeckRS 2012, 15748; *OLG Düsseldorf* Beschl. v. 23.11.2005 – Verg 66/05, BeckRS 2006, 01785, sowie für eine mathematisch anhand des Mittels der im Rahmen der Ausschreibung abgegebenen Angebote festgesetzte Schwelle *EuGH* Ur. v. 27.11.2001 – verbundenen Rs. C-285/99 und C-286/99, Rn. 68 ff. (*Impresa Lombardini*), IBRRS 2002, 0366 = *EuZW* 2002, 58.

¹¹⁸ Z.B. *Schneider*, in: *Burgil/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar* Bd. 2, 2018, § 76 VgV Rn. 15; *Müller/Wrede*, in: *Müller-Wrede, VgV/UVgO*, 5. Aufl., § 76 VgV Rn. 67; *Stolz*, *VergabeR* 2016, 351, 362.

¹¹⁹ *Vgl. Begr. VergRModVO*, BT-Drucks. 18/7318, S. 205, 206.

- 108 Das gilt auch weiterhin und wird durch die Entscheidung des EuGH vom 04.07.2019 nicht in Frage gestellt. Über das – nicht nur in Deutschland – vorherrschende politische Leitbild, bei der Erbringung von Architekten- und Ingenieurleistungen einen hohen Qualitätsstandard zu gewährleisten und im Interesse des Verbraucherschutzes, der Bausicherheit, der Erhaltung der Baukultur und des ökologischen Bauens den Preis als Wettbewerbsfaktor zu reduzieren, wie es die Bundesrepublik Deutschland in dem Verfahren vor dem EuGH ausführlich dargelegt hat, hat der EuGH nicht entschieden und stand ihm auch keine Entscheidung zu. Der EuGH hatte eine Vereinbarkeit des gesetzlichen Preisrechts der HOAI mit Art. 15 der Richtlinie 2006/123/EG zu prüfen. Er hat im Rahmen dieser Prüfung aber die These der Europäischen Kommission, wonach kein (nachweisbarer) Zusammenhang zwischen den Preisen für eine Architekten- oder Ingenieurleistung und deren Qualität besteht, ausdrücklich zurückgewiesen.¹²⁰
- 109 Auf die Aussagen des Generalanwalts *Szpunar* in seinen Schlussanträgen vom 28.02.2019, wonach der „Wettbewerb im Wesentlichen durch den Preis bestimmt wird“ und der Preiswettbewerb bei Dienstleistungen „im Allgemeinen als notwendiger, gewünschter und wirksamer Mechanismus in einer Marktwirtschaft“ dient,¹²¹ ist der Gerichtshof zurecht nicht eingegangen. Bei diesen Aussagen war schon unklar, ob sie auf einem empirischen Befund, auf wirtschaftstheoretische Erwägungen oder auf wirtschaftspolitischen Vorstellungen beruhen. Ein Rechtsgehalt war ihnen jedenfalls nicht zu entnehmen. Ein „Vorrang des Preiswettbewerbs“ ist der Wettbewerbsordnung der Europäischen Union nicht zu entnehmen.
- 110 Wie die qualitativen, den Leistungswettbewerb stimulierenden Zuschlagskriterien gegenüber den monetären, den Preiswettbewerb stimulierenden Zuschlagskriterien zu gewichten sind, lässt sich auch aus § 76 Abs. 1 VgV nicht genau ableiten. Es ist Sache des Auftraggebers dieses Verhältnis zu bestimmen. Dies schon deshalb, weil die Frage, wie viel Leistungswettbewerb überhaupt möglich ist, davon abhängt, welche zwingenden Vorgaben der öffentliche Auftraggeber für die Leistungserbringungen in der Leistungsbeschreibung gemacht hat.¹²²
- 111 Auch die Frage, welche qualitativen Kriterien angewendet werden, unterliegt dem Beurteilungsspielraum des öffentlichen Auftraggebers.¹²³

5.2.3.2 Vergabe zum Festpreis

- 112 Eine andere Frage ist, ob der öffentliche Auftraggeber den Preiswettbewerb bei der Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen zukünftig auch ganz ausschließen kann, indem er die Vergütung, die im Zuschlagsfall an den Auftragnehmer zu zahlen ist, fixiert. § 58 Abs. 2 S. 3 VgV räumt den öffentlichen Auftraggebern ausdrücklich die Möglichkeit ein, Aufträge auch zu Festpreisen oder Festkosten zu vergeben, so dass das wirtschaftlichste Angebot *ausschließlich* nach qualitativen, umweltbezogenen oder sozialen Zuschlagskriterien bestimmt wird. Die Vorschrift basiert auf Art. 67 Abs. 2 S. 4 Richtlinie 2014/94/EU. Ihr liegt die Erkenntnis zu Grunde, dass das beste Preis-Leistungs-Verhältnis im Ausgangspunkt zwar nach

¹²⁰ *EuGH* Ur. v. 04.07.2019 – C-Rs. 377/17, Rn. 75 - 88, IBRRS 2019, 2046.

¹²¹ Vgl. Schlussanträge des GA *Szpunar* v. 28.02.2019 in der Rs. C-377/17 Rn. 42 u. 102.

¹²² Vgl. zum Verhältnis von qualitativen Zuschlagskriterien und den Festlegung der Leistungsbeschreibung *Opitz*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 2017, § 127 GWB Rn. 72.

¹²³ *Schneider*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar Bd. 2, 2018, § 76 VgV Rn. 14.

dem Minimalprinzip bestimmt wird, was bedeutet, dass der öffentliche Auftraggeber Menge und Qualität der gewünschten Auftragsausführung in der Leistungsbeschreibung fixiert und dann im Wettbewerb ermittelt, wie dieses Ergebnis mit dem geringsten Einsatz von Mitteln (Geld) erreicht wird. Das Preis-Leistungs-Verhältnis aber auch nach dem Maximalprinzip bestimmt werden kann, indem der Auftraggeber in den Vergabeunterlagen den Preis fixiert und er im Wettbewerb dann ermittelt, wie mit diesem bestimmten Einsatz von Geld die bestmögliche Auftragsausführung erreicht wird.¹²⁴

- 113 Ausweislich der Gesetzesbegründung soll die Vorgabe zu Festpreisen oder Festkosten „insbesondere“ dann in Betracht kommen, wenn die Vergütung für bestimmte Dienstleistungen oder Festpreise für bestimmte Lieferungen durch nationale Vorschriften festgelegt sind.¹²⁵ Als solches wurde die Festpreisvorgabe bislang ausdrücklich für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurleistungen, die den preisrechtlichen Bestimmungen der HOAI unterliegen, empfohlen, weil die Festpreisvorgabe des öffentlichen Auftraggebers im Vergabeverfahren anders als die gesetzlichen Mindestsätze der HOAI auch für ausländische Bieter gilt.¹²⁶
- 114 Es ist vereinzelt vertreten worden, dass eine Vergabe zum Festpreis nur in Fällen in Betracht kommt, in denen der Preiswettbewerb durch gesetzliche Gebühren oder Honorarordnungen ausgeschlossen ist.¹²⁷ Wäre dies so, wäre aufgrund der Nichtanwendbarkeit der Mindest- und Höchst Honorarregelung der HOAI die Anwendung von § 58 Abs. 2 UAbs. 2 S. 3 VgV ausgeschlossen. Im Rahmen der Angebotswertung müsste vielmehr das Preis- oder Kostenelement zwingend berücksichtigt werden. Für diese Sichtweise könnten die Erwägungsgründe 90 und 92 der Richtlinie 2014/24/EU sprechen. Hier heißt es unter anderem

„Es sollte ausdrücklich festgehalten werden, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot auf der Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses ermittelt werden sollte, welches stets eine Preis- oder Kostenkomponente beinhalten sollte.“

und

„Den qualitativen Kriterien sollte deshalb ein Kostenkriterium an die Seite gestellt werden, das — je nach Wahl des öffentlichen Auftraggebers — entweder der Preis oder ein Kosten-Wirksamkeits-Ansatz wie der Lebenszyklus-Kostenansatz sein könnte. Die Zuschlagskriterien sollten jedoch keinerlei Auswirkungen auf die Anwendung von nationalen Bestimmungen zur Festlegung der Vergütung für bestimmte Dienstleistungen oder zu Festpreisen für bestimmte Lieferungen haben.“

Die betreffenden Passagen sind im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses der Richtlinie 2014/24/EU seinerzeit auf Betreiben des Rats in die Richtlinie aufgenommen worden.

¹²⁴ Vgl. *Opitz*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar Bd. 1, 2017, § 127 Rn. 28.

¹²⁵ *VergModVO*, BT-Drucks. 18/7318, S. 196.

¹²⁶ *Stolz*, *VergabeR* 2016, 351, 363; *Opitz*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar Bd. 1, 2017, § 127 Rn. 91; *Schneider*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar Bd. 2, 2018, § 76 VgV Rn. 16; *Steck*, in: Ziekow/Völlink, *Vergaberecht*, 3. Aufl., § 127 GWB Rn. 36; *Bulla*, in: Willenbruch/Wiedekind, *Kompaktcommentar Vergaberecht*, 4. Aufl., § 58 Rn. 14.

¹²⁷ So *Burgi*, in: Pünder/Prieß, *Vergaberecht im Umbruch II*, 2015, S. 57, 60.

115 Die Erwägungsgründe 90 und 92 besagen für sich genommen allerdings nur, dass man kein bestes „Preis-Leistungs-Verhältnis“ ohne die Einbeziehung des Preises bzw. der Kosten ermitteln kann. Aus Art. 67 RL 2014/24/EU, der zentralen Richtlinienvorschrift zu den Zuschlagskriterien, ergibt sich jedoch, dass diese Ermittlung nicht zwangsläufig durch die Bildung eines Zuschlagskriteriums „Preis“ oder „Kosten“ geschehen muss. In Art. 67 Abs. 2 S. 2 RL 2014/24/EU heißt es ausdrücklich:

„Das Kostenelement kann auch die Form von Festpreisen oder Festkosten annehmen, auf deren Grundlage die Wirtschaftsteilnehmer nur noch mit Blick auf Qualitätskriterien miteinander konkurrieren.“

116 Auch diese Passage ist seinerzeit auf Betreiben des Rats in den Richtlinientext aufgenommen worden. Sie ist in ihrer Aussage eindeutig und enthält auch keine Einschränkungen dahingehend, dass ein Festpreisvorgabe nur in bestimmten Fällen oder nur dann, wenn nationales Preisrecht dies erfordert, möglich ist.¹²⁸ Auch in Ansehung der Erwägungsgründe 90 und 92 ist Art. 67 Abs. 2 S. 2 RL 2014/24/EU daher nicht so verstehen, dass eine Festpreisvorgabe nicht oder nur eingeschränkt möglich ist.

117 Unabhängig davon würde es auch praktisch kaum einen Unterschied machen, ob der Auftraggeber auf die Benennung des Preises oder der Kosten als Zuschlagskriterium ganz verzichtet, oder er das Preis- oder Kostenelement zwar als Zuschlagskriterium benennt, dieses Kriterium jedoch dann mit einer marginalen Gewichtung belegt.

118 Schließlich – und das ist durchaus ein wichtiger Aspekt bei der Analyse des Richtlinientextes – ist kein sachlichen Grund für eine unionsrechtliche Verpflichtung öffentlicher Auftraggeber auf den Preiswettbewerb erkennbar. Im Gegenteil: Es gäbe keinen stärkeren Eingriff in den freien Wettbewerb um Waren und Dienstleistungen in der europäischen Union als Nachfrager (auch öffentliche Nachfrage) gesetzlich dazu zu zwingen, zu Gunsten von niedrigen Preisen auf die Festlegung der Qualität als maßgeblichem oder einzigem Wettbewerbsparameter zu verzichten. Es ist vielmehr Sache der Marktbeteiligten zu bestimmen, welche Wettbewerbsparameter sie im freien Spiel der Marktkräfte einsetzen. Dies gilt nicht nur für Anbieter, sondern auch für Nachfrager.

119 Im Ergebnis ist daher mit der ganz herrschenden Rechtsansicht¹²⁹ davon auszugehen, dass Auftragsvergaben mit Festpreisen (sog. Budgetausschreibungen) nach § 58 Abs. 2 S. 3 VgV uneingeschränkt und bei jeder Art von Liefer- oder Dienstleistung möglich sind. Dabei ist § 58 Abs. 2 S. 3 VgV nicht so zu verstehen, dass der Auftraggeber, wenn er als „Preisfixierer“ agiert, zwangsläufig einen Pauschalpreis vorgeben muss. Es ist auch denkbar, dass er das verbindliche Honorar durch eine

¹²⁸ Die Verbindlichkeit anwendbaren nationalen Preisrechts wird in der Richtlinie 2014/24/EU vielmehr schon durch Art. 67 Abs. 1 angeordnet.

¹²⁹ So ausdrücklich *Opitz*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 2017, § 127 Rn. 36 und *Lausen*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, 2018, § 58 VgV Rn. 89. Ohne Einschränkung z.B. auch: *Steck*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl., § 127 GWB Rn. 33, 36; *Renner*, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl., § 58 VgV Rn. 12; *Müller-Wrede/Gnittke/Hattig*, in: Müller-Wrede VgV/UVgO, 5. Aufl., § 58 VgV Rn. 195 ff.; *Bulla*, in: Willenbruch/Wiedekind, Kompaktcommentar Vergaberecht, 4. Aufl., § 58 Rn. 14; *Wagner*, in: juris-PK Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 58 Rn. 95.

verbindliche Preisbemessungsregel bestimmt. Es genügt, dass der vom Auftraggeber festgesetzte Preis berechenbar ist.¹³⁰ Bei einer solchen Festlegung sind allerdings der konkrete Auftragsbezug und der allgemeine Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen, was bedeutet, dass keine unangemessen niedrigen Vergütungen festgesetzt werden dürfen.¹³¹

- 120 Unter Anwendung von § 58 Abs. 2 VgV ist es einem öffentlichen Auftraggeber daher auch möglich, einen Festpreis in Übereinstimmung oder in Anlehnung an die Höchst-, Mittel- oder Mindestpreise der HOAI festzulegen. Das gilt unabhängig davon, dass die Höchst- und Mindestsatzregelung der HOAI als zwingendes gesetzliches Preisrecht nicht mehr angewendet werden dürfen. Macht der öffentliche Auftraggeber von dieser Möglichkeit Gebrauch, wird auch dem Anliegen der Kohärenz und Systematik, auf das der EuGH seine Entscheidung vom 04.07.2019 maßgeblich stützt,¹³² Rechnung getragen. Betrachtet man nämlich die einzelne Auftragsvergabe, bei der der öffentliche Auftraggeber einen Festpreis vorgibt, unterliegen alle Unternehmen, die sich an dem Vergabeverfahren beteiligen, sowohl im Hinblick auf das für die Leistungserbringung geforderte Eignungsniveau als auch hinsichtlich des durch die Leistungsbeschreibung des Auftraggebers geforderten Qualitätsniveaus den gleichen Bedingungen; und dies unabhängig von berufsständischen Regeln.
- 121 Es ist allerdings zu betonen, dass für den öffentliche Auftraggeber nur die *Möglichkeit* besteht, öffentliche Aufträge zu Festpreisen zu vergeben. Ein Zwang dazu besteht nicht. Die Entscheidung, ob der Preis als Zuschlagskriterium festgelegt wird, unterliegt ebenso wie die Entscheidung, mit welcher Gewichtung dies ggf. geschieht, alleine bei dem einzelnen öffentlichen Auftraggeber.¹³³
- 122 Nach der Systematik der EU-Vergaberichtlinien sind die Mitgliedstaaten nicht befugt, die in den Vergaberichtlinien vorgesehene Wahlfreiheit des Auftraggebers abstrakt und allgemein einzuschränken.¹³⁴
- 123 Art. 67 Abs. 2 RL 2014/24 EU räumt den Mitgliedstaaten lediglich die Möglichkeit ein, den Preis oder die Kosten als einziges Zuschlagskriterium allgemein oder für bestimmte Kategorien oder Arten von Aufträgen auszuschließen. Weitergehende Einflussmöglichkeiten des nationalen Gesetzgebers beinhaltet die Richtlinie nicht. Auf die Nichtanwendbarkeit der Mindest- und Höchstmaßregelung der HOAI kann der Gesetzgeber daher nicht reagieren, indem er den öffentlichen Auftraggebern vorschreibt, Architekten- und Ingenieurleistungen zukünftig zu Festpreisen oder gar zu Festpreisen in bestimmter Höhe zu vergeben.

¹³⁰ Steck, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl., § 127 GWB Rn. 36; Renner, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl., § 58 VgV Rn. 12; Stolz, VergabeR 2016, 351, 363; Müller-Wrede, in: Müller-Wrede, VgV/UVgO, 5. Aufl., § 76 VgV Rn. 64.

¹³¹ Stolz, VergabeR 2016, 351, 363.

¹³² Vgl. EuGH Urt. v. 04.07.2019 – Rs. C-377/17, Rn. 89-93, IBRRS 2019, 2046.

¹³³ Opitz, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar Bd. 1, 2017, § 127 Rn. 31 m.w.N.

¹³⁴ EuGH Urt. v. 07.10.2004 – Rs. C-247/02, Rn. 40 (Sintesi), ZfBR 2005, 203 = IBR 2004, 527, zur Wahlfreiheit zwischen den Kriterien „niedrigster Preis“ oder „wirtschaftlich günstigstes Angebot“.

5.3 Laufende Vergabeverfahren

5.3.1 Handlungspflichten des öffentlichen Auftraggebers

- 124 Die unter Ziffer 5.2 beschriebenen Konsequenzen gelten auch für laufende Vergabeverfahren. In laufenden Verfahren darf der Auftraggeber das verbindliche Preisrecht der HOAI ab sofort nicht mehr anwenden, d.h. er darf Angebote für Grundleistungen, die die HOAI-Mindestsätze unterschreiten, nicht ausschließen und muss – wenn er Preisangebote für HOAI-Grundleistungen fordert - auch Angebote oberhalb Höchst- und unterhalb der Mindestsätze der HOAI zulassen. Bestimmungen in den Vergabeunterlagen, insbesondere in den Bewerbungsbedingungen, der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder beigefügten Preisblättern oder Vertragsmustern, nach denen Angebote für Grundleistungen (nur) innerhalb der Höchst- und Mindestsätze der HOAI gefordert werden oder die den Eindruck einer solchen Forderung erwecken, sind zu bereinigen.¹³⁵
- 125 Die Handlungspflichten des öffentlichen Auftraggebers in laufenden Vergabeverfahren hängen konkret allerdings vor der Art des Vergabeverfahrens und dem Verfahrensstadium ab. Ist die Architekten- oder Ingenieurleistung in einem Verhandlungsverfahren mit vorherigem Teilnahmewettbewerb oder in einem Verfahren des Wettbewerblichen Dialogs ausgeschrieben worden, wie es nach § 74 VgV der Regelfall ist,¹³⁶ ergibt sich die folgende Situation:
- 126 Während des Teilnahmewettbewerbs sind geänderte Vergabeunterlagen (jedenfalls das geänderte Vertragsmuster) zu veröffentlichen und ist ggf. die Frist zum Eingang der Teilnahmeanträge zu verlängern. Ob auch die Auftragsbekanntmachung durch eine Änderungsbekanntmachung zu ändern ist, hängt davon ab, ob bereits in der Auftragsbekanntmachung Bestimmungen enthalten waren, wonach Angebote für Grundleistungen (nur) innerhalb der Höchst- und Mindestsätze der HOAI gefordert werden oder die den Eindruck einer solchen Forderung erwecken.
- 127 Ist der Teilnahmewettbewerb abgeschlossen, sind die ausgewählten Bewerber unter Beifügung der geänderten Vergabeunterlagen zur Abgabe von Angeboten aufzufordern. Bei bereits erfolgter Aufforderung sind den Bietern die geänderten Vergabeunterlagen zu übermitteln und ist die Angebotsfrist ggf. zu verlängern.
- 128 Liegen Erstantgebote der Bieter vor und fordert der Auftraggeber die Bieter nach durchgeführter Verhandlung¹³⁷ zu Folgeangeboten oder letzten Angeboten auf, muss diese Aufforderung ebenfalls auf der Grundlage (einheitlich) geänderter Vergabeunterlagen erfolgen.
- 129 Differenzierter ist die Konstellation zu betrachten, in der der Auftraggeber auf der Grundlage der ursprünglichen Vergabeunterlagen bereits zu letzten Angeboten aufgefordert hat und solche letzten Angebote vorliegen.¹³⁸ In dieser Konstellation stellt sich die Frage, ob ein Anspruch der Bieter auf Wiedereröffnung des Wettbewerbs in einer neuen Angebotsrunde besteht

¹³⁵ Zur Änderung der Vertragsmuster siehe unten Ziffer 6. Einheitliche Vergabedokumente sieht das RBBau nicht vor.

¹³⁶ Eindeutig und erschöpfend beschreibbare Architekten- und Ingenieurleistungen werden nach § 73 Abs. 1 VgV i.V.m. § 14 Abs. 2 VgV im offenen oder nicht offenen Verfahren vergeben. Architekten- und Ingenieurleistungen, die in Folge eines Planungswettbewerbs vergeben werden, können unter den in § 14 Abs. 4 Nr. 8 VgV genannten Bedingungen in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb vergeben werden.

¹³⁷ Der Preis für Grundleistungen kann - ohne Einschränkung der HOAI-Mindestsätze - Gegenstand der Verhandlungen sein.

¹³⁸ Das gleiche gilt, wenn der Auftrag über Architekten- oder Ingenieurleistungen im offenen Verfahren oder im nicht offenen Verfahren ausgeschrieben wurde und die Angebote bereits eingegangen sind.

oder – was praktisch auf das Gleiche hinausläuft – eine Verpflichtung des Auftraggebers besteht, das Vergabeverfahren in den Stand vor Aufruf zur Abgabe letzter Angebote zurückzusetzen. Eine solche Zurücksetzung stellt grundsätzlich das mildere Mittel einer vollständigen Aufhebung oder Einstellung eines Vergabeverfahrens dar.

- 130 Eine Wiedereröffnung des Wettbewerbs nach Einreichung letzter Angebote ist in einem Verhandlungsverfahren nach § 17 Abs. 10, 14 VgV grundsätzlich unzulässig. Eine Möglichkeit der Verfahrensaufhebung bzw. Zurücksetzung besteht, wenn ein Verfahrensmangel aufgetreten ist, der die ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens oder die Vergabe des Auftrags ausschließt und dieser Mangel nicht schuldhaft vom öffentlichen Auftraggeber herbeigeführt worden ist.¹³⁹ In diesem Fall kann das dem Auftraggeber zustehende Aufhebungsermessen zudem auf Null reduziert sein, so dass der Auftraggeber verpflichtet sein kann, durch die Verfahrensaufhebung oder Zurücksetzung mit anschließender Wiederholung des Verfahrens oder von Verfahrensschritten einen ordnungsgemäßen Zustand herbeizuführen.
- 131 Durch die Entscheidung des EuGH in der Rs. C-377/17 ist zunächst kein Umstand eingetreten, der einer Fortführung des laufenden Vergabeverfahrens in der beschriebenen Situation unmittelbar entgegensteht. Aus dieser Entscheidung folgt die Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers – ex nunc – Preisangebote ungeachtet des verbindlichen Preisrechts der HOAI zuzulassen und Preisangebote ungeachtet des verbindlichen Preisrechts der HOAI zu prüfen und zu werten. Aus ihr erfolgt aber kein Verbot, ein Preisangebot, das innerhalb des Preisrahmens der HOAI kalkuliert wurde, anzunehmen.
- 132 Die Nichtanwendbarkeit des gesetzlichen Preisrahmens der HOAI durch den öffentlichen Auftraggeber führt auch zivilrechtlich nicht zur Unverbindlichkeit eines Angebots, das von einem Bieter unter Berücksichtigung des Preisrahmens kalkuliert wurde oder zur Unwirksamkeit eines Vertrags, der durch Zuschlagserteilung auf ein solches Angebot zu Stande kommt. Insofern ist bereits darauf hingewiesen worden, dass die HOAI nur eine die Preisvereinbarung der Parteien beschränkende preisrahmenrechtliche Eingriffsregelung darstellt.¹⁴⁰
- 133 Allenfalls vergaberechtliche Gründe könnten daher zu einer Zurücksetzung des Verfahrens und einer Wiedereröffnung des Wettbewerbs zwingen. Spezialnormen existieren hierzu nicht. Zu fragen ist daher, ob durch die Zuschlagserteilung in der genannten Situation gegen die vergaberechtlichen Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz und der Bietergleichbehandlung (§ 97 Abs. 1 u. 2 GWB) verstoßen würde.
- 134 Ein Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz ist nicht erkennbar, wenn ein Vergabeverfahren für alle Beteiligten unter den gleichen Kalkulationsvoraussetzungen eröffnet und durchgeführt wurde und der Vergabewettbewerb mit der Abgabe letzter Angebote abgeschlossen ist. Alleine der Umstand, dass in dem Vergabeverfahren möglicherweise das Interesse weiterer Teilnehmer geweckt worden wäre oder Angebote möglicherweise anders kalkuliert worden wären, wenn bereits vor Beginn des Verfahrens oder jedenfalls vor der Aufforderung zur Abgabe letzter Angebote keine Mindest- und Höchstpreisregelungen der HOAI gegolten hätten, führt zu keiner anderen Bewertung. Dieses Ergebnis deckt sich mit der Spruchpraxis des OLG

¹³⁹ Müller-Wrede, in: Müller-Wrede, VgV/UVgO - 5. Aufl., § 63 Rn. 69 m.w.N. Im Falle schuldhafter Herbeiführung des Verfahrensmangels besteht ebenfalls die Möglichkeit das Vergabeverfahren rechtswirksam aufzuheben. Die Aufhebung ist dann aber nicht rechtmäßig, was u.U. Schadensersatzansprüche von Bietern begründen kann.

¹⁴⁰ Vgl. oben Ziffer 4.1.

Düsseldorf, das in einer Entscheidung aus dem Jahr 2014 festgestellt hatte, dass Rechtsänderungen, die sich auf die Kalkulation der Bieter auswirken können, den Auftraggeber unter Umständen zu einer Wiedereröffnung der Angebotsphase verpflichten können, wenn sie „vor Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe“ erfolgt sind.¹⁴¹

- 135 Im Hinblick auf den Transparenzgrundsatz ist auf eine Entscheidung des KG Berlin in einem Fall zu verweisen, in dem es während eines Verfahrens zur Vergabe von Planungsleistungen zu einer Änderung der HOAI gekommen war (von HOAI 2009 auf HOAI 2013). Hier hatte das KG entschieden, dass durch das Inkrafttreten der neuen HOAI ein Verfahrensfehler entstanden sei, der so schwerwiegend sei, dass sogar eine vollständige Aufhebung des Vergabeverfahrens geboten sei.¹⁴² Wesentlicher Aspekt der Entscheidung des KG war, dass die ihr zugrunde liegende Ausschreibung ganz konkret auf Vorschriften und Leistungsphasen nach Maßgabe der HOAI 2009 Bezug nahm und den Auftragsgegenstand damit in einer Weise festlegte, die mit der Neufassung der HOAI nicht mehr in Einklang zu bringen war. Die Aufhebung des Vergabeverfahrens begründete das KG mit der durch die Rechtsänderung entstandenen Intransparenz.¹⁴³ In der hier zu beurteilenden Fallkonstellation geht es jedoch nicht darum, dass die Vergabeunterlagen auf ein Normenwerk verweisen, das während des laufenden Vergabeverfahrens durch ein neues – jedenfalls in Teilen zwingendes – neues Normenwerk ersetzt wird. Ist ein Angebot unter Beachtung des gesetzlichen Preisrechts der HOAI 2013 kalkuliert und auf der Grundlage einer Leistungsbeschreibung und eines Vertragsmusters, das auf die Leistungs- und Honorarbestimmungen der HOAI 2013 referenziert, eingereicht worden, führt eine danach eingetretene Nichtanwendbarkeit des zwingenden Preisrechts der HOAI weder zur Unverbindlichkeit noch zur Intransparenz dieses Angebots. Das Angebot spiegelt nach wie vor das wieder, was der Bieter im Auftragsfall leisten und das, was der Auftraggeber im Auftragsfall zahlen muss.¹⁴⁴ Insbesondere wird eine angebotene Vergütung in Höhe des einschlägigen Mindestsatzes der HOAI nicht dadurch unklar, dass ein gesetzliches Verbot zur Unterschreitung dieses Mindestsatzes entfällt. Aus Gründen mangelnder Transparenz ist daher kein laufendes Vergabeverfahren über Architekten- oder Ingenieurleistungen zurückzusetzen, in dem nicht mehr verhandelbare, letzte Angebote vor der Entscheidung des EuGH vom 04.07.2019 eingegangen sind.
- 136 Ein Grund für eine solche Zurückversetzung könnte allenfalls aus dem vergaberechtlichen Diskriminierungsverbot des § 97 Abs. 2 GWB abgeleitet werden. Dies allerdings nur in der besonderen – und seltenen – Fallkonstellation, dass in dem laufenden Vergabeverfahren bereits nicht mehr verhandelbare, letzte Angebote eingegangen sind und eines (oder mehrere) dieser Angebote die Mindestsätze der HOAI für Grundleistungen unterschreitet. In diesem Fall, in dem keine Nachverhandlung mehr möglich ist, musste das betroffene Angebot bislang ausgeschlossen werden.¹⁴⁵ Ein solcher Ausschluss ist nach der Entscheidung des EuGH vom 04.07.2019 aber nicht mehr zulässig. In der Wertung und ggf. Bezuschlagung des Angebots eines Bieters, der einseitig von den preisrechtlichen Bestimmungen der HOAI abgewichen ist, kann eine Ungleichbehandlung zu Lasten der Bieter gesehen werden, die bei Angebotsabgabe die preisrechtlichen Bestimmungen der HOAI beachtet haben. Diese ist auch nicht nach § 97 Abs. 2 Hs. 2 GWB zu rechtfertigen. Sie kann in der genannten Fallkonstellation nur durch Wiedereröffnung des Wettbewerbs beseitigt werden.

¹⁴¹ Vgl. *OLG Düsseldorf* v. 05.02.2014 – VII-Verg 42/13.

¹⁴² *KG, ZfBR* 2014, 804.

¹⁴³ Für eine Zurückversetzung in solchen Fällen *Schneider*, in: Burgil/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar Bd. 2, 2018, § 76 Rn. 33.

¹⁴⁴ Auf diesen Aspekt abstellend *VK Bund* v. 03.05.2017 - VK 2-38/17.

¹⁴⁵ Siehe oben Ziffer 5.1.2.

5.3.2 Handlungsmöglichkeiten des öffentlichen Auftraggebers

- 137 Es ist es denkbar, dass der öffentliche Auftraggeber den erweiterten Möglichkeiten für Preiswettbewerb, der durch die Nichtanwendbarkeit der Mindest- und Höchstthonorarsätze der HOAI für Grundleistungen bewirkt wird, im Vergabeverfahren dadurch Rechnung tragen möchte, dass er dem Preiskriterium bei der Angebotswertung ein höheres oder eben auch ein geringeres Gewicht beimisst als bei Einleitung des Vergabeverfahrens vorgesehen, er also die Zuschlagskriterien oder deren Gewichtung verändern möchte. Daher ist auch nach den Handlungsmöglichkeiten des öffentlichen Auftraggebers in laufenden Vergabeverfahren zu fragen.
- 138 Eine Änderung der Zuschlagskriterien oder ihrer Gewichtung ist während des Teilnahmewettbewerbs ohne Einschränkungen möglich. Sie bedarf ggf. nur der Verlängerung der Teilnahmefrist. Sind die Zuschlagskriterien bereits in der Auftragsbekanntmachung benannt worden, bedarf es zu einer solchen Änderung einer Änderungsbekanntmachung. Sind die Kriterien nur in den Vergabeunterlagen genannt worden, genügt die Änderung der Vergabeunterlagen.
- 139 Sind die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung im Teilnahmewettbewerb durch entsprechende Angaben in der Auftragsbekanntmachung oder den bereits im Teilnahmewettbewerb bereitgestellten Vergabeunterlagen noch nicht bekannt gemacht worden, kann eine Änderung auch noch in der Angebotsphase bis zum Ablauf der Angebotsfrist, die ggf. zu verlängern ist, erfolgen. Ob Zuschlagskriterien, die im Teilnahmewettbewerb bereits bekannt gemacht wurden, nach Abschluss desselben noch geändert werden können, und ob eine Änderung der Zuschlagskriterien in einem Verhandlungsverfahren ggf. auch noch nach Einreichung von Erstangeboten möglich ist, wird unterschiedlich beurteilt. § 17 Abs. 10 VgV verbietet seinem Wortlaut nach nur „Verhandlungen“ über die Zuschlagskriterien, nicht jedoch Änderungen in der Angebotsphase. Während zum Teil angenommen wird, im Verhandlungsverfahren sei der Auftraggeber grundsätzlich an die von ihm bekannt gemachten Zuschlagskriterien gebunden,¹⁴⁶ lässt ein anderer Teil es genügen, wenn den Bietern die Zuschlagskriterien zum Zeitpunkt der Vorbereitung ihrer letzten Angebote bekannt sind.¹⁴⁷ Die Rechtsprechung hat die Möglichkeit des Auftraggebers, Zuschlagskriterien im Verhandlungsverfahren aus Rechts- oder Zweckmäßigkeitgesichtspunkten zu ändern, zuletzt eher großzügig beurteilt.¹⁴⁸
- 140 Nach Ablauf der Angebotsfrist für letzte Angebote sind keine Änderungen der Zuschlagskriterien oder deren Gewichtung mehr möglich. Ob in diesem Fall eine Aufhebung des Vergabeverfahrens aufgrund der durch die Entscheidung des EuGH vom 04.07.2019 eingetretenen, neuen Rechtssituation in Betracht kommt oder – als milderer Mittel – die Zurückversetzung des Vergabeverfahrens und eine erneute Angebotsaufforderung an die beteiligten Bieter, ist fraglich. Zwar ist im Grundsatz anerkannt, dass Änderungen der rechtlichen Rahmenbedingungen eines Vergabeverfahrens eine Verfahrensaufhebung begründen können, wenn diese nach Einleitung des Vergabeverfahrens eingetreten sind und auch nicht vorhersehbar waren,¹⁴⁹

¹⁴⁶ *Opitz*, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1 2017, § 127 Rn. 84 mit Verweis auf *OLG München v. 20.04.2005 – Verg 8/05*.

¹⁴⁷ *Wiedemann*, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht § 127 Rn. 94 m. Verweis auf *OLG München, VergabeR 2010, 992*.

¹⁴⁸ *OLG Düsseldorf, NZBau 2016, 235*

¹⁴⁹ So z.B. *Müller-Wrede*, in: Müller-Wrede, VgV / UVgO – 5. Aufl., § 63 Rn. 44 für den im Fall nachträglich eingetretener Verbote oder Beschränkungen. Im konkreten Fall verneint durch *VK Hannover v. 21.08.2003 – VK 7/2003* für eine Änderung der Rechtsprechung.

wobei dahinstehen kann, ob in diesem Fall der Aufhebungstatbestand des § 63 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 VgV oder der des § 63 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 VgV eingreift. In jedem Fall kommt eine Aufhebung aufgrund geänderter rechtlicher Rahmenbedingungen für das Vergabeverfahren jedoch nur in Betracht, wenn die Änderung wesentlich war oder schwer wiegt. Hierbei gilt ein strenger Maßstab. Ein Umstand ist i.S.v. § 63 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 VgV „wesentlich“, wenn die Bezuschlagung eines Angebots wegen der nachträglich aufgetretenen Schwierigkeiten für den öffentlichen Auftraggeber objektiv sinnlos oder unzumutbar wäre.¹⁵⁰ Er ist i.S.v. § 63 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 VgV „schwer“, wenn dem öffentlichen Auftraggeber nicht zugemutet werden kann, das Verfahren fortzuführen.¹⁵¹ Eine solche Situation ist durch die Entscheidung des EuGH vom 04.07.2019 allerdings nicht eingetreten. Die bloße Absicht, das Verfahrensergebnis in Ansehung erweiterter Möglichkeiten des Preiswettbewerbs durch eine Änderung der Zuschlagskriterien zu optimieren, kann eine Verfahrensaufhebung oder Zurückversetzung daher kaum rechtfertigen.

5.4 Verpflichtung zur Kündigung bestehender Verträge?

5.4.1 Kein Fortbestand einer Vergaberechtsverletzung

- 141 Stellt der EuGH fest, dass ein Mitgliedstaat gegen eine Verpflichtung aus den Verträgen verstoßen hat, so hat dieser Staat die Maßnahmen zu ergreifen, die sich aus dem Urteil des Gerichtshofs ergeben. So steht es in Art. 260 Abs. 1 AEUV (siehe oben unter Ziff. 3.1).
- 142 Man könnte auf den Gedanken kommen, dass zu diesen Maßnahmen auch gehört, dass öffentliche Auftraggeber in Deutschland Verträge über Architekten- und Ingenieurleistungen beenden und neu ausschreiben, die in der Vergangenheit unter Anwendung der Mindest- und Höchstpreisregelungen der HOAI geschlossen wurden. Dies könnte der Fall sein, wenn in der Fortführung solcher Verträge ein „Beibehalten“ verbindlicher Honorare für Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren i.S.d. EuGH-Urteils vom 04.07.2019 gesehen werden könnte.
- 143 Welche Maßnahmen der Mitgliedstaat im Einzelnen treffen muss, um den gerügten Verstoß zu beseitigen, ist nicht immer ganz einfach zu ermitteln, wie oben schon unter Ziffer 3.1 näher ausgeführt. Grundsätzlich ist der Gerichtshof bemüht, in den Urteilsgründen nähere Hinweise zu einem Rahmen zu geben, innerhalb dessen die beanstandete Maßnahme noch als vertragskonform angesehen wird. Darüber hinaus kann auch der Urteilstenor Interpretationshilfen geben, indem er die festgestellte Pflichtverletzung weiter oder enger umschreibt. Der Umfang der mitgliedstaatlichen Umsetzungspflicht ist daher im Einzelfall zunächst durch Auslegung der jeweiligen gerichtlichen Entscheidung zu erschließen.¹⁵²
- 144 Ob dem Tenor der Entscheidung des EuGH vom 04.07.2019, in dem kein fortwährender Verstoß gegen das Unionsrecht festgestellt wird, sondern es – im Perfekt formuliert – vielmehr heißt,

„die Bundesrepublik Deutschland hat dadurch gegen ... verstoßen, dass sie verbindliche Honorare für Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren beibehalten hat“,

¹⁵⁰ Müller-Wrede, in: Müller-Wrede, VgV / UVgO - 5. Aufl., § 63 Rn. 35.

¹⁵¹ Mehltitz, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 2, 2018, § 63 VgV Rn. 48.

¹⁵² Vgl. Schlussanträge der GAin *Trestenjak* v. 28.03.2017 in der Rs. C-503/04, Rn. 41 f. mit weiteren Nachweisen.

besonderes Gewicht für die Ableitung der von der Bundesrepublik Deutschland zu treffenden Maßnahmen beizumessen ist, ist zweifelhaft. Wichtig ist jedoch, dass weder in diesem Tenor noch in den gesamten Entscheidungsgründen die Vergabe öffentlicher Aufträge über Architekten- und Ingenieurleistungen thematisiert wird. Gegenstand der Entscheidung ist alleine das verbindliche (gesetzliche) Preisrecht der HOAI. Auch Art. 15 der Richtlinie 2006/123/EG, der den Prüfungsmaßstab für die Entscheidung des EuGH bildet, betrifft nur „Rechts- und Verwaltungsvorschriften“ der Mitgliedstaaten zur „Beachtung von festgesetzten Mindest- und/oder Höchstpreisen durch den Dienstleistungserbringer“ und damit keine Vorschriften oder Praktiken der öffentlichen Auftragsvergabe.

- 145 Auch Preisvereinbarungen zwischen einzelnen Marktteilnehmern werden von Art. 15 der Richtlinie 2006/123/EG nicht erfasst. Der Preis, der mit der Vergabe eines öffentlichen Auftrags festgeschrieben wird, ist jedoch ein vereinbarter Preis und keiner, der durch den öffentlichen Auftraggeber „festgesetzt“ wird. Dass bei früheren Auftragsvergaben über Architekten- oder Ingenieurleistungen möglicherweise das Interesse weiterer Teilnehmer geweckt worden wäre oder die Annahme eines anderen Angebots ermöglicht worden wäre, wenn bereits zum Zeitpunkt der Durchführung dieser Vergabeverfahren keine Mindest- und Höchstpreisregelung der HOAI gegolten hätten, führt auch hier zu keiner anderen Bewertung. Würde man dies anders sehen, müsste jeder öffentliche Auftrag beendet werden, wenn sich im Nachhinein herausstellte, dass kalkulationsrelevante rechtliche Bestimmungen, die zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe galten, mit Unionsrecht unvereinbar sind. Dies träfe dann nicht nur auf preisrechtliche Bestimmungen zu, sondern z.B. auch auf Arbeitszeit- oder Tarifregelungen, Bestimmung zum Umweltschutz oder sozialrechtliche Regelungen, Vorschriften des gewerblichen Rechtsschutzes oder des Kartellrechts und auch auf alle sonstigen nationalen Regelungen, die in irgendeiner Form die Angebotserstellung bei öffentlichen Aufträgen beeinflussen können.
- 146 Die ständige Rechtsprechung des EuGH, wonach speziell Verstöße gegen das europäische Vergaberecht während der gesamten Dauer der Erfüllung der unter Verstoß gegen die vergaberechtlichen Bestimmungen geschlossenen Verträge fortbestehen,¹⁵³ was die Verpflichtung zur Beendigung solcher Verträge auslösen kann,¹⁵⁴ ist vorliegend nicht einschlägig. Ein Verstoß gegen Vergabevorschriften ist vom EuGH nicht festgestellt worden. Er liegt auch nicht vor. Öffentliche Auftraggeber haben in der Vergangenheit nicht gegen europäisches Vergaberecht verstoßen, indem sie Vergabeverfahren unter Geltung des gesetzlichen Preisrechts der HOAI durchgeführt haben. Das Preisrecht der HOAI bildete bis zum 04.07.2019 lediglich eine rechtliche Rahmenbedingung für die Kalkulation der Angebote inländischer Bieter in Vergabeverfahren.
- 147 Im Ergebnis kann eine Verpflichtung öffentlicher Auftraggeber zur Beendigung bereits geschlossener Verträge über Architekten- und Ingenieurleistungen aus dem Urteil des EuGH vom 04.07.2019 daher nicht abgeleitet werden. Und ebenso wenig besteht eine Verpflichtung öffentlicher Auftraggeber, bei so genannten Stufenverträgen auf den Abruf weiterer Vertragsstufen zu verzichten. Freilich kann aus der Sicht des öffentlichen Auftraggebers der Wunsch bestehen, weitere Vertragsstufen unter geänderten Honorarbedingungen erneut in den Wettbewerb zu stellen, mit dem Ziel, insbesondere dort dem Preiswettbewerb einen größeren Raum einzuräumen. Das bleibt öffentlichen Auftraggebern unbenommen.

¹⁵³ Grundlegend *EuGH* Ur. v. 10.04.2003 – vb. Rs. C-20/01 und C-28/01, Rn. 36 f., NZBau 2003, 393.

¹⁵⁴ So im Ergebnis *EuGH* Ur. v. 18.07.2007 – Rs. C-503/04 Rn. 29 f., ZIP 2008, 474 = EuZW 2007, 514.

5.4.2 Hilfsüberlegungen

148 Es kann nicht mit Sicherheit prognostiziert werden, ob die Europäische Kommission der vorgenannten Argumentation im Rahmen der von ihr zu beaufsichtigenden Umsetzung des EuGH-Urteils folgt. Am ehesten ließe sich wohl in Fällen, in denen in der Vergangenheit Angebote von Bietern wegen einer Honorarmindestsatzunterschreitung vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wurden, behaupten, hierin läge (auch) ein Verstoß gegen europäisches Vergaberecht, nämlich eine fehlerhafte Anwendung der Richtlinienbestimmungen zum Ausschluss ungewöhnlich niedriger Angebote. Diese Fälle sind äußerst selten. Vorsorglich und hilfsweise sollen daher die nachfolgenden Überlegungen angestellt werden:

5.4.2.1 Spruchpraxis des EuGH

149 Verstöße gegen das europäische Vergaberecht wirken nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs während der gesamten Dauer der Erfüllung der unter Verstoß gegen die vergaberechtlichen Bestimmungen geschlossenen Verträge fort.¹⁵⁵

150 Daraus ist zunächst zu folgern, dass alleine der Umstand, dass ein Vergabeverfahren abgeschlossen ist, nicht zur Unzulässigkeit einer Vertragsverletzungsklage nach Art. 258 AEUV führt, die auf Feststellung eines Vergaberechtsverstoßes gerichtet ist. Dies gilt ungeachtet der Tatsache, dass Art. 2 Abs. 6 der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG den Mitgliedstaaten das Recht verleiht, die Befugnisse der Vergabenachprüfungsinstanzen nach dem Vertragsschluss darauf zu beschränken, einer durch ein Verstoß gegen das unionsrechtliche Vergaberecht geschädigten Person Schadensersatz zuzuerkennen, und damit das Prinzip „*pacta sunt servanda*“ anerkennt. Wie der *EuGH* entschieden hat,¹⁵⁶ erlaubt diese Bestimmung den Mitgliedstaaten zwar,

„die Wirkung der unter Verstoß gegen die Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge geschlossenen Verträge aufrechtzuerhalten, und schützt somit das berechnete Vertrauen der Vertragspartner; sie kann jedoch nicht, ohne die Tragweite der die Schaffung des Binnenmarkts betreffenden Bestimmungen des Vertrags zu beschränken, dazu führen, dass das Verhalten des Auftraggebers gegenüber Dritten nach Abschluss dieser Verträge als gemeinschaftsrechtskonform anzusehen ist.“

151 Auch wenn eine Beschwerde, aufgrund der ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet wird, erst nach langer Laufzeit des streitigen Vertrags eingereicht worden ist, obwohl der Beschwerdeführer bereits seit langem von diesem Vertrag und den Mängeln bei seinem Abschluss gewusst und den Weg über ein nationales Nachprüfungsverfahren willentlich unterlassen habe, hindert dies den EuGH ebenso wenig daran, eine Verletzung vergaberechtlicher Pflichten festzustellen.¹⁵⁷ Gleiches

¹⁵⁵ Grundlegend *EuGH* Ur. v. 10.04.2003 – vb. Rs. C-20/01 und C-28/01 (Bockhorn) Rn. 34-37 NZBau 2003, 393. Zuvor bereits *EuGH* Ur. v. 28.10.1999 – Rs. C-328/96 (St. Pölten) Rn. 44. Ebenso z.B. *EuGH* Ur. v. 09.09.2004 – C-125/03 (Müllentsorgung Lüdenhausen), NZBau 2004, 563; *EuGH* Ur. v. 15.10.2009 – Rs. C-275/08 (Datenzentrale Baden-Württemberg); *EuGH* Ur. v. 21.01.2010 – Rs. C-17/09 (MVA Bonn); *EuGH* Ur. v. 21.12.2011 – Rs. C-465/10 (Chambre de commerce und d'industrie de l'Indre).

¹⁵⁶ *EuGH* Ur. v. 10.04.2003 – vb. Rs. C-20/01 und C-28/01, Rn. 39, NZBau 2003, 393.

¹⁵⁷ Vgl. *EuGH* Ur. v. 21.01.2010 – Rs. C-17/09 (MVA Bonn), NZBau 2010, 326.

gilt für den Umstand, dass die Auftragsvergabe auf nationaler Ebene bereits Gegenstand eines Vergabenachprüfungsverfahrens war, das durch rechtskräftig gewordene Gerichtsentscheidung abgeschlossen ist.¹⁵⁸

152 Darüber hinausgehend hat der EuGH dem Argument des fortdauernden Vergaberechtsverstoßes, das vom Gerichtshof zunächst nur im Rahmen von Zulässigkeitserwägungen entwickelt worden war, ohne weiteres materielle Bedeutung beigemessen. Mit der Entscheidung vom 18.07.2007 in der Rs. C-503/04, einem sog. Beugeverfahren nach Art. 228 Abs. 2 EGV (heute Art. 260 Abs. 2 AEUV), hatte der Gerichtshof festgestellt, dass die Bundesrepublik Deutschland nicht die notwendigen Maßnahmen ergriffen habe, die sich aus dem vorausgegangenen Urteil des Gerichtshofs vom 10.04.2003 in der verbundenen Rs. C-20/01 und C-28/01 ergaben. Dieses Urteil betraf einen langlaufenden Abwasservertrag der Gemeinde Bockhorn und einen langlaufenden Müllentsorgungsvertrag der Stadt Braunschweig, die ohne vorherige europaweite Bekanntmachung „de facto“ vergeben worden waren. Nachdem der EuGH die Rechtswidrigkeit dieser Auftragsvergaben festgestellt hatte, hatte die deutsche Regierung die Landesregierung von Niedersachsen aufgefordert, das geltende Vergaberecht künftig einzuhalten und ihr Berichtspflichten auferlegt, die dazu beitragen sollten, künftig vergleichbare Verstöße zu vermeiden. Dies betrachtete der EuGH aber nicht als ausreichend. Diese Maßnahmen hätten nicht verhindert, dass die vergaberechtswidrig geschlossenen Verträge weiterhin voll ihre Wirkungen entfalten konnten. Da der Vertrag der Stadt Braunschweig nicht zum Zeitpunkt für die Beurteilung einer Vertragsverletzung, d.h. am Ende der Frist, die von der Europäischen Kommission in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzt wurde, beendet worden war, stellte der EuGH fest, dass die Vertragsverletzung zu diesem Zeitpunkt noch weiter bestand.¹⁵⁹

153 Auch dieser Konsequenz steht Art. 2 Abs. 6 UAbs. 2 der Richtlinie 89/665 nicht entgegen. Diese Vorschrift betrifft nach Auffassung des EuGH nur den Bieterrechtsschutz und ist wegen ihres spezifischen Charakters nicht so zu verstehen, dass sie auch die Beziehung zwischen einem Mitgliedstaat und der Union, um die es im Vertragsverletzungs- bzw. Beugeverfahren geht, regelt.¹⁶⁰

154 Der EuGH hat seit dem Jahr 2007 – soweit ersichtlich - in keinem weiteren Verfahren mehr über die Pflicht eines Mitgliedstaats zur Beendigung eines vergaberechtswidrig zustande gekommenen Vertrags entschieden.

5.4.2.2 Bewertung verbleibender Risiken

155 An der Richtigkeit der Spruchpraxis des EuGH zur Beendigung vergaberechtswidrig geschlossener Verträge bestehen Zweifel. Obgleich der EuGH die unterschiedlichen Zielsetzungen des Art. 2 Abs. 6 UAbs. 2 Richtlinie 89/665 einerseits und der Vertragsverletzungsklage andererseits in der Entscheidung v. 18.07.2007 betont, ist doch festzustellen, dass die Regelung in Art. 2 Abs. 6 UAbs. 2 Richtlinie 89/665/EWG nur dann einen Sinn ergibt, wenn der zum Abschluss gebrachte Vertrag ungeachtet der Tatsache, dass er unter Verletzung von EU-Vergaberecht zustande gekommen ist, Bestandschutz genießt und implementiert werden kann.¹⁶¹

¹⁵⁸ *EuGH* Urt. v. 15.10.2009 – Rs. C-275/08 (Datenzentrale Baden-Württemberg).

¹⁵⁹ *EuGH* Urt. v. 18.07.2007 - Rs. C-503/04, Rn. 29 f., ZIP 2008, 474 = *EuZW* 2007, 514.

¹⁶⁰ *EuGH* Urt. v. 18.07.2007 - Rs. C-503/04, Rn. 35, ZIP 2008, 474 = *EuZW* 2007, 514.

¹⁶¹ So zutreffend *Heuvels*, *NZBau* 2005, 32, 33.

- 156 Und wenn der Unionsgesetzgeber in Art. 2 Abs. 6 UAbs. 2 Richtlinie 89/665/EWG den Aspekten der Rechtssicherheit und des Vertrauens auf die Wirksamkeit geschlossener Verträge, die – anders als zum Teil vorgetragen - nicht nur Individualinteressen der Vertragsparteien, sondern auch dem Allgemeininteresse dienen, den Vorrang vor der individuellen Beseitigung der Folgen eines Verstoßes gegen das europäische Vergaberechts einräumt, ist fraglich, ob diese Festlegung ohne weiteres durch europäisches Primärrecht überspielt oder – schlicht ergebnisorientiert – durch einen Verweis auf den Grundsatz des „*effet utile*“ ausgehebelt werden.
- 157 Unabhängig von dieser grundsätzlichen Kritik, die im Rahmen eines erneuten Vertragsverletzungs- oder Beugeverfahrens vermutlich ungehört bleiben würde, lässt die Entscheidung des EuGH in der Rs. C-503/04 nicht klar erkennen, ob die Maßnahmen, die ergriffen werden müssen, um einen Verstoß gegen das Europäische Vergaberecht abzustellen, von der Kenntnis und der Schwere des Verstoßes im Einzelfall abhängig sind.¹⁶² Für ein Abstellen auf den Einzelfall spricht jedenfalls, dass der *EuGH*¹⁶³ seinerzeit festgestellt hatte:

„Nach alledem kann in einer Situation wie hier nicht davon die Rede sein, dass die Bundesrepublik Deutschland in Bezug auf den von der Stadt Braunschweig geschlossenen Vertrag am 1. Juni 2004 die sich aus dem Urteil vom 10. April 2003 (Kommission/Deutschland) ergebenden Maßnahmen ergriffen hatte.“

(Hervorhebung hinzugefügt)

- 158 Was die *Kenntnis* des öffentlichen Auftraggebers von dem *Rechtsverstoß* betrifft, ist die Situation eines bewussten Verstoßes gegen Vergabevorschriften sicher anders zu bewerten, als die Anwendung der HOAI in einem Vergabeverfahren in dem Glauben und Vertrauen darauf, dass die preisrechtlichen Vorschriften der HOAI mit dem Unionsrecht vereinbar sind. Dies gilt im konkreten Fall umso mehr, da auch Art. 15 der RL 2006/123/EG kein absolutes Verbot gesetzlicher Höchst- oder Mindestpreisregelungen vorsieht, sondern den Mitgliedstaaten zunächst eine Prüf- und Rechtfertigungspflicht für solche Regelungen auferlegt.
- 159 Was die *Schwere des Rechtsverstoßes* betrifft, ist ebenfalls auf die Besonderheiten des Falls hinzuweisen, der Gegenstand der Entscheidung des EuGH in der Rs. C-503/04 war. Hier ging es um eine unzulässige de facto Vergabe, d.h. eine Auftragserteilung, die ohne jegliche Beachtung des Vergaberechts außerhalb des Wettbewerbs erfolgt war. Dies ist der schwerste aller denkbaren Vergaberechtsverstöße. In der Literatur ist zwar angemerkt worden, die Rechtsprechung des EuGH zum fehlenden Bestandsschutz vergaberechtswidriger Verträge sei nicht auf de facto-Vergaben beschränkt.¹⁶⁴ Allerdings existiert insoweit – soweit ersichtlich – keine Entscheidungspraxis.

¹⁶² So offenbar GA *Alber* in seinen Schlussanträgen v. 19.01.1999 in der Rs. C-328/96, Rn. 78 (St. Pölten); gegen ein solches Korrektiv *Bitterich*, EWS 2005, 162, 168.

¹⁶³ *EuGH* Urt. v. 18.07.2007 - Rs. C-503/04, Rn. 30, ZIP 2008, 474 = EuZW 2007, 514.

¹⁶⁴ *Bitterich*, EWS 2005, 162, 168. *Bitterich* möchte den Umstand, dass in bestimmten Fällen immerhin ein Wettbewerb um den Auftrag eröffnet wurde, allerdings im Rahmen der Verhältnismäßigkeit der von Art. 228 EG a.F. geforderten Maßnahmen berücksichtigen, vgl. *Bitterich*, NJW 2006, 1845, 1850.

- 160 Dass tatsächlich nicht jede Art von Vergaberechtsverstoß eine mitgliedstaatliche Pflicht zur Vertragsbeendigung auslöst, wird heute auch durch Art. 73 lit. c der im Jahr 2014 verabschiedeten allgemeinen Vergaberichtlinie RL 2014/24/EU (bzw. Art. 90 lit. c der Sektorenrichtlinie 2014/25/EU) gestützt.¹⁶⁵ Diese sieht nun nämlich ein Recht des öffentlichen Auftraggebers zur Kündigung eines vergebenen öffentlichen Auftrags während der Vertragslaufzeit vor, wenn
- „der Auftrag aufgrund einer schweren Verletzung der Verpflichtungen aus den Verträgen und dieser Richtlinie, die der Gerichtshof der Europäischen Union in einem Verfahren nach Artikel 258 AEUV festgestellt hat, nicht an den Auftragnehmer hätte vergeben werden dürfen.“*
- 161 Offenbar hat es der Unionsgesetzgeber nicht für notwendig erachtet, ein Kündigungsrecht des öffentlichen Auftraggebers auch bei einer leichten Verletzung des Unionsrechts vorzusehen, was jedoch nahe gelegen hätte, wenn auch solche Verstöße zu der Beendigung eines öffentlichen Auftrags verpflichten könnten. Ob in der Durchführung eines europaweiten Verfahrens zur Vergabe einer Architekten- oder Ingenieurleistung, das unter Anwendung des Preisrechts der HOAI erfolgt ist, ein „schwerer Verstoß“ gegen Unionsrecht gesehen werden könnte, ist zweifelhaft.
- 162 Schließlich ist fraglich, ob die Pflicht zur Beendigung eines vergaberechtswidrig geschlossenen Vertrags von dem *Ausmaß der Wirkungen* abhängt, die von ihm ausgehen. In diesem Sinne könnten die Ausführungen der GA in *Trstenjak* in den Schlussanträgen der Rs. C-503/04 zu verstehen sein,¹⁶⁶ wonach die Maßnahme der Vertragsbeendigung im konkreten Fall verhältnismäßig sei, wenn man die ursprünglich vorgesehene Laufzeit des Vertrags von 30 Jahren berücksichtige. Zwar hat der EuGH in seinem Urteil vom 18.07.2007 solche Verhältnismäßigkeitserwägungen – jedenfalls explizit – nicht aufgegriffen, er hat jedoch den Einzelfall beurteilt (s.o.). Unter Berücksichtigung von Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten könnte wohl nur bei sehr lang laufenden Architekten- oder Ingenieurverträgen eine Pflicht zur Vertragsbeendigung bestehen.
- 163 Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass dem Urteil des EuGH in der Rs. C-503/04 jedenfalls nicht entnommen werden kann, dass ein Mitgliedstaat vergaberechtswidrig zustande gekommene Verträge (ex tunc) rückabwickeln muss und bereits ausgetauschte Leistungen zurück zu gewähren sind.¹⁶⁷ Der EuGH begnügt sich mit einer Vertragsbeendigung ex nunc.
- 164 Und vorsorglich ist schließlich auch anzumerken, dass die Europäische Kommission zunächst ein erneutes – auf eine Vertragsverletzung durch eine öffentliche Auftragsvergabe gerichtete – Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV oder ein – auf die Nichtumsetzung des Urteils in der Rs. C-377/17 gerichtetes – Beugeverfahren nach Art. 260 Abs. 2 AEUV einleiten müsste, wenn sie der Ansicht wäre, die Bundesrepublik Deutschland müsste bereits abgeschlossene Verträge über Architekten- und Ingenieurleistungen kündigen.
- 165 In einem solchen Verfahren hätte die Bundesrepublik Deutschland Gelegenheit, eine Vertragsbeendigung des oder der betroffenen, noch nicht erfüllten Altverträge noch bis zum Ablauf der in der mit Gründen versehenen Stellungnahme gesetzten Frist zu bewirken. Im Beugeverfahren könnte der Verhängung eines Zwangsgeldes – nicht der Verhängung eines Pauschalbetrags – sogar noch bis zur öffentlichen Sitzung oder, falls eine solche nicht stattfindet, bis zum Schluss des schriftlichen Verfahrens, durch Beendigung des oder der betreffenden Verträge abgeholfen werden.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Die Bestimmung ist in § 133 Abs. 1 Nr. 3 GWB umgesetzt.

¹⁶⁶ SchlussA der GA in *Trstenjak* v. 28.03.2007 - Rs. C- 503/04, Rn. 78.

¹⁶⁷ Zu dieser Frage bereits *Bitterich*, EWS 2005, 162, 165.

¹⁶⁸ Vgl. etwa SchlussA der GA in *Trstenjak* v. 28.03.2007 Rs. C- 503/04, Rn. 62, 89 m.w.N.

166 Im Ergebnis sind die Risiken, die sich aus der Fortführung von Architekten- und Ingenieurverträgen ergeben, die in der Vergangenheit unter Geltung des verbindlichen Preisrechts der HOAI geschlossen wurden, daher als gering zu bewerten.

6 Anpassungsbedarf der RBBau-Vertragsmuster

167 Ausgehend von den vorstehend aufbereiteten rechtlichen Auswirkungen des EuGH-Urteils vom 04.07.2019 ist der Anpassungsbedarf der RBBau-Vertragsmuster zu ermitteln. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Gesetz- und Verordnungsgeber gehalten ist, den Vertragsverstoß so schnell wie möglich abzustellen (siehe oben Ziff. 3.1). Es ist daher kurzfristig mit einer Anpassung der HOAI und ihrer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage zu rechnen. Wie diese Anpassung ausfallen wird, ist jedoch kaum absehbar. Die Möglichkeiten reichen von einer vollständigen Aufhebung bis zu einer Beibehaltung der Formvorschriften, die Einführung einer Kontrolle der Angemessenheit von abweichenden Honorarvereinbarungen¹⁶⁹ und der Beibehaltung der HOAI-Honorarvorschriften als unverbindliche Regelung entsprechend dem bisherigen Konzept der Beratungsleistungen (Anlage 1 zur HOAI, vgl. § 3 Abs. 1 Satz 2 HOAI). Da mit neuen gesetzlichen Vorgaben binnen Jahresfrist zu rechnen ist, bietet es sich an, in den RBBau-Vertragsmustern nur die unbedingt notwendigen Änderungen vorzunehmen, die erforderlich sind, um auch seitens der Bundesbauverwaltung sicherzustellen, dass der vom EuGH festgestellte Vertragsverstoß nicht fortgesetzt wird.

6.1 Mögliche Vergütungsmodelle

168 Das Urteil des EuGH vom 04.07.2019 könnte zum Anlass genommen werden, in den Vertragsmustern alternative Vergütungsmodelle vorzusehen, bspw. Pauschalhonorare oder aufwandsbezogene Vergütungen. Denkbar wäre auch, um die allseits begrüßte Anknüpfung der Honorarbildung an die anrechenbaren Kosten nach Abschluss der Entwurfsplanung zu berücksichtigen, die Bieter auf Grundlage vorläufig vom Auftraggeber vorgegebener anrechenbarer Kosten einen Prozentsatz der anrechenbaren Kosten als Honorar für alle Grund- und Besonderen Leistungen anbieten zu lassen mit der Maßgabe, dass sich dieser Prozentsatz letztlich auf das Ergebnis der Kostenberechnung bezieht. Damit würde das endgültige Honorar in einem Zeitpunkt definiert, in dem das zu planende und in seiner Errichtung zu überwachende Bauwerk in der Entwurfsplanung abschließend definiert wurde und der tatsächliche Aufwand des Architekten oder Ingenieurs (unterstellt, dass dieser sich tatsächlich mit den anrechenbaren Kosten entwickelt) fixiert wird. Derartige Vergütungsmodelle wären jedoch auch vor dem EuGH-Urteil vom 04.07.2019 zulässig gewesen, soweit sie nach einem entsprechenden Gesamtvergleich ein Honorar im Rahmen der objektiv zu ermittelnden Mindest- und Höchstsätze gewährleisten. Dennoch hat sich die Bundesbauverwaltung bislang entschieden, Honorare ausschließlich nach den Berechnungsparametern der HOAI abzufragen. Es steht zu vermuten, dass dies erfolgt ist, um sicherzustellen, dass die letztlich vereinbarten Honorare den bislang verbindlichen Preisrahmen nicht verletzen. Zu berücksichtigen sein dürfte aber auch, dass die HOAI-Honorar-Systematik und dem folgend die Honorarhöhe auf empirischen Untersuchungen beruhen, vom Markt anerkannt und von den Anbietern tendenziell auch erwartet werden. Zudem eignet sich eine HOAI-Honorarvereinbarung besser zur Anpassung an geänderte Vorgaben des Auftraggebers als bspw. ein Pauschalhonorar. Über geänderte anrechenbare Kosten oder wiederholte Grundleistungen lässt sich meist eine Änderungsleistung honorarseitig gut abbilden. Diese Systematik für eine Übergangsphase von gut einem

¹⁶⁹ So etwa § 4 Abs. 2 und 3 der Steuerberatungsvergütungsverordnung.

Jahr grundsätzlich zu ändern, um sie dann aufgrund der zu erwartenden gesetzlichen Anpassungen erneut überarbeiten zu müssen, dürfte sich als nicht zielführend erweisen.

6.2 Vorschlag für die Übergangsphase

169 Aus den vorstehenden Gründen empfehlen wir, zumindest für die Übergangsphase bis zur Änderung der HOAI und ihrer Ermächtigungsgrundlage die bisherige Vergütungssystematik in den RBBau-Vertragsmustern und dort insbesondere § 10 „Honorar“ beizubehalten und nur insoweit zu verändern, dass Honorarvereinbarungen außerhalb des bisherigen verbindlichen Preisrahmens möglich werden, um der EuGH-Entscheidung Rechnung zu tragen. Aus AGB-Gesichtspunkten (dazu oben Ziff. 4.3) sollten dabei keine Abweichungen von den Honorarbemessungsregelungen der HOAI vorgesehen werden, die sich als unwirksam erweisen könnten. Denn dies könnte neben der Unwirksamkeit der jeweiligen Klausel zum Gegenstand einer Vergaberüge oder auch einer Unterlassungsklage werden.

7 Zusammenfassung Konsequenzen aus EuGH-Urteil für die Bundesbauverwaltung

170 Mit Urteil in der Rs. C-377/17 vom 04.07.2019 hat der Europäische Gerichtshof der Klage der Europäischen Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland stattgegeben und festgestellt, dass Deutschland dadurch gegen seine Verpflichtungen aus Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 Buchst. g) und Abs. 3 der Richtlinie 2006/123/EG (Dienstleistungsrichtlinie) verstoßen hat, indem es verbindliche Mindest- und Höchstsätze für die Honorare für die Planungsleistungen von Architekten und Ingenieure beibehalten hat.

171 Als exekutiver Teil des Mitgliedsstaates hat die Bundeshochbauverwaltung unverzüglich alle Maßnahmen zu ergreifen, um den festgestellten Vertragsverstoß abzustellen oder zumindest nicht fortzusetzen. Auf die ebenfalls erforderliche Reaktion des Gesetz- und Verordnungsgebers durch Aufhebung oder Änderung der HOAI und ihrer Ermächtigungsgrundlage kann nicht gewartet werden. Die bis zum Inkrafttreten derartiger Änderungen geltende Rechtslage lässt sich wie folgt zusammenfassen:

172 Als Vertragsverstoß hat der EuGH ausschließlich das verbindliche Preisrahmenrecht der HOAI angesehen. Andere Vorschriften der HOAI, insbesondere die für verschiedene Vergütungsvereinbarungen vorgesehenen Formvorgaben und die Rechtsfolgen ihrer Verletzung, bleiben unberührt. Die HOAI hält auch weiterhin wirksam Mindest- und Höchstsätze für die von ihr erfassten Planungsleistungen vor, die jedoch seit dem 04.07.2019 – ähnlich den Beratungsleistungen gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 HOAI und deren Anlage 1 – keinen verbindlichen Charakter mehr haben. Wurde demgegenüber die Vergütungsvereinbarung nicht schriftlich und bei Auftragserteilung (§ 7 Abs. 1 HOAI) getroffen, bleibt es bei der Rechtsfolge des § 7 Abs. 5 HOAI, wonach die Mindestsätze als vereinbart gelten.

173 Das verbindliche Preisrecht ist spätestens ab Verkündung des Urteils vom 04.07.2019 nicht mehr anzuwenden. Architekten und Ingenieure können nach Vertragsschluss also keine Anhebung von unterhalb der Mindestsätze vereinbarten Honoraren auf die Mindestsätze verlangen. Umgekehrt kann sich der Auftraggeber nach Vertragsschluss nicht mehr auf eine Reduzierung des vereinbarten Honorars auf die Höchstsätze nach der HOAI berufen. Entsprechende Klagen sind spätestens seit dem Urteil des EuGH vom 04.07.2019 abzuweisen, jedenfalls auszusetzen mit Blick auf das vom Landgericht Dresden initiierte Vorabentscheidungsverfahren, dessen Entscheidung durch den EuGH ebenfalls kurz bevorstehen dürfte. Demgegenüber bleiben Verträge, die wie die RBBau-Vertragsmuster eine Vergütung nach den Honorarberechnungsparametern der

HOAI vorsehen (gleich ob den Mindest-, Mittel- oder Höchstsatz), wirksam. Sie sind auch nicht als Folgenbeseitigung aus dem Vertragsverstoß zu kündigen. Vielmehr bleibt es dem Architekten oder Ingenieur unbenommen, das vertraglich vereinbarte Honorar klageweise geltend zu machen. Wurde ein Berechnungshonorar nach den Parametern der HOAI vereinbart, erscheint es auch konsequent und nicht zu beanstanden, wenn für Änderungsanordnungen auf § 10 HOAI verwiesen wird, solange der im Vergabeverfahren angebotene und vereinbarte Zu- oder Abschlag berücksichtigt wird. Eine Anpassung bestehender Verträge nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) dürfte nur im Ausnahmefall verlangt werden können. Es ergeben sich auch keine unmittelbaren Auswirkungen des EuGH-Urteils auf Stufenverträge. Der Abruf bereits vorgesehener Stufen bleibt selbstverständlich möglich. Es verbleibt dann aber bei der vertraglichen Honorarvereinbarung (auch wenn sich diese nach einer Vorgänger-HOAI richtet). Eine nachträgliche Anpassung des Honorars an die Mindestsätze einer Nachfolge-HOAI kann nicht mehr verlangt werden.

- 174 Für zukünftige Vergabeverfahren ist zu beachten, dass der in den Vertragsmustern vorgesehene Zu- oder Abschlag von den anzubietenden Mindestsätzen abgefragt wird. Auf die Frage, ob und mit welchem Anteil der angebotene Preis in die Wertungsentscheidung einfließt, hat das EuGH-Urteil vom 04.07.2019 keine unmittelbaren Auswirkungen. Vielmehr könnte es – unverändert – zulässig sein, einen festen Preis vorzugeben und ausschließlich einen Leistungswettbewerb durchzuführen. Soweit weiterhin Preisabfragen erfolgen, sind ungewöhnlich niedrige Angebote im Vergabeverfahren nach allgemeinen Regelungen auszuschließen. Insoweit dürfte es allerdings nicht zulässig sein, sich für die Prüfung oder für die Festlegung einer Aufgreifschwelle an den Mindestsätzen der HOAI zu orientieren. In laufenden Vergabeverfahren kann das EuGH-Urteil zu einer Aufhebung und Neuausschreibung führen, eine Pflicht hierzu besteht nach unserer Auffassung allerdings nicht.
- 175 Auch wenn nach dem EuGH-Urteil andere Vergütungsmodelle als ein HOAI-Berechnungshonorar in den Vertragsmustern vorgesehen werden können, sollte für die Übergangsphase bis zum Tätigwerden des Gesetz- und Verordnungsgebers an den bewährten Honorarstrukturen festgehalten werden. Der vom EuGH geforderte Preiswettbewerb kann dadurch gewährleistet werden, dass die Bieter zu dem grundsätzlich geltenden Mindestsatz nach den HOAI-Berechnungsparametern, die weiterhin von der Vergabestelle vorzugeben sind, einen Zu- oder Abschlag anbieten, der dann natürlich in die Wertung einfließen und im Vertrag vereinbart werden muss. Wird dieser Weg gewählt, sollten die Berechnungsparameter der HOAI aber vollständig und richtig vereinbart werden, auch um AGB-Problemen vorzubeugen.