



HOAI 2013 verstößt nicht gegen „Wettbewerb“ nach EU-Recht!

Kein Ausschluss der sog. Beratungsleistungen!

Zur Vereinbarkeit des EU-Rechts mit der HOAI ist bislang weder der EuGH noch die Literatur der Frage nachgegangen, was überhaupt „Wettbewerb“ im EU-Recht ist. Bislang argumentiert der Ordnungsgeber, dass dieses Wettbewerbsprinzip gebiete, gesetzliches Preisrecht einzudämmen. Dies ist unzutreffend, denn es gibt bereits keine Legaldefinition für den Begriff „Wettbewerb“ im EU-Recht. Ordnungspolitisch ist der Ansatz des Ordnungsgebers auch verhängnisvoll, da er zu einem Marktversagen führen wird. Freiberufliche Leistungen unterliegen deshalb primär einem Leistungswettbewerb statt einem Preiswettbewerb.

Das Thema ist kein Spezifikum der derzeitigen Bundesregierung, die bestrebt ist, die HOAI mit der EU-Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG in Einklang zu bringen, wo in Art. 15 Abs. 2 sogar Mindest- und Höchstsätze als Sonderfall erwähnt sind. Unter „Rot-Grün“ mit dem damaligen Minister Clement wurde diskutiert, die HOAI als verbindliches Preisrecht abzuschaffen. Betroffen sind nun vor allem die sog. Beratungsleistungen der HOAI, nämlich die Umweltverträglichkeitsstudie, Thermische Bauphysik, Schallschutz und Raumakustik, Bodenmechanik, Erd- und Grundbau sowie die Vermessung. Im Bereich der Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen gilt dies auch für die Örtliche Bauüberwachung. Diese sollen nach dem Referentenentwurf der HOAI 2013, wie bei der HOAI 2009, kein verbindlicher Teil der HOAI sein.

Bereits zur HOAI 2009 hat die GHV hierzu entsprechend Anfragen erhalten.

Anfrage 1: Ein Planer will wissen, ob der Wettbewerbsgrundsatz im EU-Recht mit der HOAI tatsächlich unvereinbar sei und was denn genau Wettbewerb kennzeichne.

Anfrage 2: Ein Planer, der hauptsächlich Bauüberwachung anbietet, will wissen, welche wirtschaftlichen Folgen eintreten, wenn der Preiswettbewerb von Ingenieuren freigegeben

sei. Er selbst stelle in seiner Berufspraxis fest, dass der Preiswettbewerb für ihn ruinös werde, da sog. Honoraranfragen dazu führen, dass der „Billigste“ den Auftrag erhalte. Er könne bei Vertragsschluss aber nicht kalkulieren, welcher Arbeitsaufwand ihm später entstehe. Denn entscheide sich der Auftraggeber für einen Bauunternehmer, der sehr niedrig anbiete, aber bekanntermaßen eher unzuverlässig sei, müsse er als Ingenieur für das gleiche Geld sogar häufiger auf die Baustelle.

Anfrage 3: Ein Auftraggeber will wissen, ob er dann, wenn der Mindestpreis nicht mehr in der HOAI verordnet ist, regelmäßig 3 Vergleichsangebote einholen und einen reinen Preiswettbewerb machen müsse und dies, obwohl er gerne etwas mehr Honorar zahlen würde, wenn z. B. der Projektleiter des Planers besonders geeignet ist.

Zur Anfrage 1:

Der Begriff des Wettbewerbs ist im Europarecht nicht (!) legal definiert, so dass durch eine HOAI bereits kein zwingender Verstoß gegen EU-Recht vorliegen kann. Schwarze (Europäisches Wirtschaftsrecht, 2007, Rdn. 162 mit weiteren Nachweisen) führt aus:

»[...]Obwohl die Begriffe des europäischen Wettbewerbsrechts als Rechtsbegriffe juristischen Auslegungsregeln unterliegen, erschließt sich deren Bedeutung vollends erst

vor ihrem ökonomischen Hintergrund und im Lichte der verschiedenen wirtschaftswissenschaftlichen Theorien, in denen sie verwendet werden.« Damit stellt Schwarze klar, dass Wettbewerb ein ökonomischer Wirkmechanismus ist, der genau darauf hin zu analysieren ist, was wirtschaftlich zwischen Wirtschaftssubjekten überhaupt passiert.

So sind bei einem Rückgriff auf die klassische volkswirtschaftliche Wettbewerbstheorie vom vollkommenen Markt mit einer Preisbildung bei vollkommener Konkurrenz zwingend Rahmenbedingungen erforderlich, ohne die ein Wettbewerb gerade nicht funktioniert. Hierzu bedarf es u. a. vollkommener Markttransparenz und Homogenität der Leistungen (Vergleichbarkeit). Beides gibt es bei Planungs- und Bauüberwachungsleistungen nicht. Transparenz und Vergleichbarkeit der Leistungen gibt es zwar bei gewerblichen Leistungen wie einer Tafel Schokolade, die nach Länge, Breite, Höhe, Milch-, Kakao-, Zucker- und Fettgehalt vorab klar definiert werden kann. Das passt aber nicht auf vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbare freiberufliche Leistungen. Es gibt bei gegebener Aufgabenstellung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses keine vorhersehbaren, transparenten und vergleichbaren Ingenieurleistungen. Denn Inhalt und Umfang z. B. geistig-schöpferischer Leistungen sind erst am Ende eines Planungsprozesses auf Grund einer Aufgabenstellung erkennbar, nicht aber vorher. Ohne eine in diesem Sinne vorab beschreibbare Leistung kann folglich auch kein Preis vorab abschließend kalkuliert werden. Es können nur Parameter vereinbart werden, die dann das Honorar nach Aufgabenerfüllung bestimmbar machen. Genau das leistet aber eine HOAI, sofern es dort angemessene Honorartafeln gibt. Planungsleistungen könnten immer niedriger angeboten werden, wenn das geistig-schöpferische Element minimiert wird. Gerade die Maximierung der Kreativität ist aber der Grund, warum man einen Planer beauftragt und nicht gleich ein ausführendes Bauunternehmen.

Zur Anfrage 2: Verlangt der Verordnungsgeber hinsichtlich freiberuflicher Leistungen, dass die Vertragsparteien vorab pauschal eine Leistung und einen Preis festlegen, ohne zu wissen, welche z. B. geistig-schöpferischen Leistungen konkret anfallen, werden sich in einem Nachfragermarkt (hohe Marktmacht der öffentlichen Hand oder privater Bauherren) die Preise „nach unten“, in einem Anbietermarkt (hohe Marktmacht der Leistungsanbieter, z. B. Spezialplaner von Medizintechnik) nach oben entwickeln. Liegen die Rahmenbedingungen eines vollkommenen Marktes nicht vor, was bei vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbaren freiberuflichen Leistungen der

Fall ist, kommt es zwangsläufig zu einem Marktversagen. Versagt aber der „Ingenieurmarkt“, können die Aufgaben der Zukunft, wie Energiewende, Mobilität oder Wohnungsknappheit nicht gelöst werden.

In der Volkswirtschaftslehre wird bei Marktversagen die Notwendigkeit gesehen, den Markt durch staatliche Eingriffe (hierzu: Baßeler, Ulrich/Heinrich, Jürgen/Utecht, Burkhard, Grundlagen und Probleme der Volkswirtschaft, 2. Kapitel, S. 44 ff., 23. Kapitel, S. 673) zu ergänzen. Das gesetzliche Preisrecht wie die HOAI stellt daher vorweggenommene (!) staatliche Marktkorrektur durch Preisregulierung für beide Vertragsparteien dar, bevor „das Kind in den Brunnen fällt“. Dabei ist es erforderlich, dass das gesetzliche Preisrecht die Leistungen angemessen bepreist. Nur so entsteht für die Planer ein attraktives Honorar, was die Kreativität sicherstellt und für die Auftraggeber und Allgemeinheit bezahlbaren Fortschritt und Baukultur gewährleistet.

Zur Anfrage 3: Bei Vergaben bei Auftragswerten oberhalb der EU-Schwellenwerte ist das VOF-Verfahren für den Auftraggeber zwingend. Dieses stellt ein formalisiertes Verhandlungsverfahren für einen „Leistungswettbewerb“ dar. Denn nach § 20 Abs. 1 VOF soll derjenige den Auftrag erhalten, der im Hinblick auf die gestellte Aufgabe am ehesten die Gewähr für eine sachgerechte und qualitätsvolle Leistungserfüllung bietet. Ein reiner „Preiswettbewerb“ ist nicht vorgesehen. Bei Auftragswerten unterhalb der Schwellenwerte gilt das Gleiche. So führt Anhang IV zur VOL/A III. Erläuterungen zu Abschnitt 1 § 1 zweiter Spiegelstrich am Ende aus, dass freiberufliche Leistungen grundsätzlich freihändig zu vergeben sind und dies an solche Bewerber, „deren Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit feststeht, die über eine ausreichende Erfahrung verfügen und die Gewähr für eine wirtschaftliche Planung und Ausführung bieten.“ Freihändige Vergabe bedeutet dabei, dass es dem Auftraggeber frei steht, mit einem oder mehreren Bewerbern Auftragsverhandlungen zu führen, wenn die Eignung feststeht. Es gilt auch bei diesen Vergaben der Leistungswettbewerb, bei dem derjenige den Auftrag erhalten soll, der eine wirtschaftliche Planung und Ausführung bietet. Der Auftraggeber ist also nicht verpflichtet 3 Angebote einzuholen und einen Preiswettbewerb durchzuführen. Will oder soll er nicht nur mit einem Bewerber verhandeln, so kann er einen Leistungswettbewerb durchführen. Zieht er auch Leistungskriterien zur Vergabe heran, z. B. Qualität des Projektleiters, kann er einem etwas teureren Bewerber den Auftrag vergaberechtskonform erteilen. Wie ein Leistungswettbewerb im Detail geht, ist auf Merkblättern der GHV be-

schrieben (siehe Internetseite der GHV unter Schriftenreihe).

Fazit:

1. Das Argument des Verordnungsgebers, der Wettbewerbsbegriff im EU-Recht verlange auch bei vorab nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbaren Leistungen zwingend einen freien Preiswettbewerb, ist unzutreffend.
2. Da es bei Vertragsschluss zwar eine Aufgabenstellung, jedoch Informationsdefizite z. B. bezüglich
3. Gesetzliches Preisrecht macht im Falle einer angemessenen Preisregelung nachträgliche staatliche Markteingriffe überflüssig.
4. Planerleistungen sind freihändig im Leistungswettbewerb und nicht im Preiswettbewerb zu vergeben.

der zu erwartenden geistig-schöpferischen Leistungen gibt, kommt es zu einem Marktversagen zu Lasten der Ingenieure oder Verbraucher. Dies erfordert sodann staatliche Markteingriffe.

Autoren

Dipl.-Ing. Peter Kalte, Öffentlich bestellter und vereidigter Honorarsachverständiger;
Rechtsanwalt Michael Wiesner, LL.M., Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Dipl.-Betriebswirt (FH).

Gütestelle Honorar- und Vergaberecht (GHV) gemeinnütziger e. V.
Friedrichsplatz 6
68165 Mannheim
Tel: 0621 – 860 861 0
Fax: 0621 – 860 861 20

Veröffentlicht im Deutschen Ingenieurblatt, Ausgabe 06/2013, Seiten 48 bis 49
