

In eigener Sache

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir hatten in der Vergangenheit fortlaufend über die Beitragsveranlagung sogenannter Altanschießer in Brandenburg berichtet, und über geltend gemachte Staatshaftungsansprüche der Altanschießer gegenüber den Aufgabenträgern. Die rechtlichen Auffassungen gehen dabei auch zwischen den Gerichten weit auseinander. Nunmehr setzt sich das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg mit der Entscheidung des BGH auseinander, die zum StHG ergangen ist.

Einen kurzen Blick werfen wir auch auf ein Urteil des EuGH zur HOAI vom Juli dieses Jahres, welches maßgeblichen Einfluss auf die Preis- und Vertragsgestaltung für Architekten- und Ingenieurverträge der öffentlichen Hand haben wird, und schließlich auf die geänderte VOB/A 2019.

Wie wünschen anregende Lektüre!

SWKH Rechtsanwälte

Jörg Schmidt-Wottrich, Rainer Kühne,
Dr. Andreas Harms, Axel Tiedt

Berlin, im September 2019

Folgen der europarechtswidrigen HOAI für die Praxis

Der Europäische Gerichtshof hält die verbindlichen Mindest- und Höchstsätze der HOAI für EU-rechtswidrig (Urteil vom 04.07.2019 - C-377/17). Im Übrigen wird die HOAI aber nicht beanstandet; so werden weder die Leistungsbilder noch die Honorartabellen als solche zur Diskussion gestellt.

Folgen für den Gesetz- bzw. Verordnungsgeber:

Aufgrund des EuGH-Urteils hat Deutschland die Pflicht, das Verbot der Unterschreitung der Mindest-

sätze so schnell wie möglich aufzuheben. Üblicherweise kann dies bis zu einem Jahr dauern.

Berufung auf Unterschreitung durch Architekt?

Die Frage, ob bis dahin noch eine Berufung auf die Mindest- und Höchstsätze möglich ist, wird bislang unterschiedlich beurteilt:

Einerseits wird von der Rechtsprechung vertreten, das EuGH-Urteil habe ohne gesetzliche Umsetzung keine Auswirkungen auf die nationale Rechtslage, weshalb das zwingende Preisrecht zunächst fortbestehe und anzuwenden sei (so OLG Hamm, Urteil vom 23.07.2019 – 21 U 24/18).

Das OLG Celle argumentiert hingegen, der Anwendungsvorrang des Unionsrechts verbiete es den Gerichten, die als unionsrechtswidrig erkannte Regelung noch weiter zur Entscheidungsfindung heranzuziehen (vgl. OLG Celle, Urteile vom 17.07.2019 – 14 U 188/18 und vom 23.07.2019 – 14 U 182/18).

Der Bundesgerichtshof wird diese Frage aufgrund einer Revision höchstrichterlich klären. Entsprechende Honorarprozesse sind daher aktuell zumindest mit erheblichen Unwägbarkeiten behaftet. Beruft sich der Architekt auf die Mindestsätze, besteht das Risiko, dass ein Gericht die Klage unter Hinweis auf den Anwendungsvorrang des Unionsrechts bzw. das Prinzip unionsrechtskonformer Auslegung der nationalen Gesetze (s.o. OLG Celle) abweist.

Keine schriftliche Vereinbarung?

Sofern bei Auftragserteilung keine schriftliche Vereinbarung getroffen wird, wird noch vielfach die Auffassung vertreten, dass weiterhin der Mindestsatz geltend gemacht werden kann, da die Mindestsatzfiktion des § 7 Abs. 5 HOAI bei formunwirksamen Honorarvereinbarungen von der EuGH-Entscheidung unberührt bleiben dürfte. Jedenfalls würde bis zu einer etwaigen Neuregelung in der HOAI die §§ 650q Abs. 1, 632 Abs. 2 BGB gelten, wonach beim Bestehen einer Taxe (hier eine Honorarordnung) auf die taxmäßige Vergütung abgestellt wird, anderenfalls auf eine „übliche“ Vergütung, wenn die Vertragsparteien die Höhe der Vergütung nicht selbst bestimmt haben.

Vergabe von Planungsleistungen:

Für die öffentliche Hand stellt sich aber für diesen Interimszeitraum die Frage, wie Architekten- und Ingenieurleistungen vergeben werden. Das Land Berlin hat hierzu bereits eine Anpassung der Vertragsunterlagen der eABau, Teil IV vorgenommen. Damit und darüber hinaus wird empfohlen, die Möglichkeit eines Ab- oder Zuschlags auf das Mindesthonorar zu vereinbaren, wodurch man der Vorgabe des EuGH gerecht werden will (vgl. Rundschreiben SenStdtWohn V M Nr. 03/2019).

Im Land Brandenburg gibt es noch keine Vorgaben. Das Bundesministerium hat aber in einem Rundschreiben vom 22.07.2019 folgende Feststellungen getroffen: Vor dem EuGH-Urteil geschlossene Verträge sind weiter als wirksam anzusehen; gleichzeitig besteht kein Anspruch auf Anpassung an die Mindestsätze, wenn diese unterschritten seien.

Vergabe oberhalb Schwellenwerte:

Hinsichtlich der Vergabe gilt für Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte, dass hier weiterhin ein Leistungswettbewerb im Rahmen der Vorgaben des § 76 Abs. 1 S. 1 VgV vorzunehmen ist. Darüber hinaus dürfen infolge des EuGH-Urteils zwar keine Angebote unterhalb der Mindestsätze ausgeschlossen werden; gleichwohl können aber ungewöhnlich niedrige Angebote gemäß § 60 VgV ausgeschlossen werden.

Vergabe unterhalb Schwellenwerte:

Für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte gab und gibt es bisher keine Vorgaben in Form einer Verfahrensordnung. Gleichwohl sehen das Haushaltsrecht und die Ausführungsvorschriften hierzu in allen Bundesländern Wettbewerb vor. Im Grundsatz gilt aber auch hier das gleiche wie beim Verhandlungsverfahren nach der VgV, nämlich:

- In der Regel kann weiterhin ein Leistungswettbewerb durchgeführt werden, jedenfalls muss kein reiner Preiswettbewerb durchgeführt werden.
- Gleichzeitig dürfen Angebote unterhalb der Mindestsätze nicht ausgeschlossen werden.

- Solche Angebote sind aber gleichwohl auf Auskömmlichkeit hin zu prüfen.
- Denkbar wäre tatsächlich auch, nunmehr reine Preiswettbewerbe auch bei Grundleistungen der HOAI durchzuführen. Wir empfehlen dieses ausdrücklich nicht, auch wenn es haushaltsrechtlich naheliegt.

VOB/A 2019 (Unterschwelle) auch auf kommunaler Ebene in Brandenburg anzuwenden

Am 19.02.2019 ist die neue Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Ausgabe 2019 - Teil A (VOB/A) im Bundesanzeiger (BAnz AT 19.02.2019 B2) bekanntgemacht worden. Von der Landesverwaltung Brandenburg (z.B.) ist Abschnitt 1 der neuen VOB/A seit dem 1. März 2019 anzuwenden. Aufgrund der Änderung des § 30 der kommunalen Haushalts- und Kassenverordnung (KomHKV) ist mit dem 22.08.2019 die neue Ausgabe nun auch für Kommunen und Zweckverbände verbindlich.

Wesentliche Änderungen:

Eine wesentliche Änderung besteht in der Einführung der Wahlfreiheit zwischen Öffentlicher Ausschreibung und Beschränkter Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb (§ 3a Absatz 1 und § 3b Absatz 2). Unseres Erachtens dürfte dieses nicht wirklich relevant sein, weil die zweite genannte, zweistufige Verfahrensart längere Zeit in Anspruch nimmt und angesichts der wenigen und z.T. hohen Angebote keine besseren Ergebnisse verspricht.

Außerdem wird für Aufträge bis 3.000 Euro die Möglichkeit des Direktauftrags eingeführt (§ 3a Absatz 4). Weitere Änderungen sind in der Flexibilisierung der Eignungsprüfung in den § 6a Absatz 5 und § 6b zu sehen. Zudem wird die Möglichkeit, die Einreichung mehrerer Hauptangebote auszuschließen, nach § 8 Abs. 2 Nr. 4 eingeführt. Auch ist nun die Angabe der Zuschlagskriterien in der Auftragsbekanntmachung verpflichtend, sofern diese nicht in den Vergabeunterlagen genannt werden (§ 12 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe r).

Nachfordern erweitert:

Besonders hinzuweisen, neben anderen Änderungen, die hier nicht hervorgehoben werden, sind auf die geänderten Regelungen zum Nachfordern von Unterlagen: Fehlende, unvollständige oder fehlerhafte Unterlagen müssen nachgefordert werden, es sei denn der Auftraggeber hat zu Beginn des Vergabeverfahrens festgelegt, dass er keine Unterlagen nachfordern wird (§ 16a). Hier ist positiv hervorzuheben, dass die des Öfteren streitige Fragen der Abgrenzung zwischen unternehmensbezogenen Unterlagen einerseits und leistungsbezogenen Unterlagen andererseits zum Teil entfällt. Die Nachforderungspflicht wird sozusagen erweitert, kann gleichzeitig aber von vornherein ausgeschlossen werden.

Wertgrenzen für Wohnungsbau:

Schließlich sind befristet bis Dezember 2021 die Wertgrenzen für Bauleistungen zu Wohnzwecken für Freihändige Vergaben auf 100.000 Euro und für Beschränkte Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb für jedes Gewerk auf 1 Mio. Euro angehoben worden, was offenkundig der besonderen Situation auf dem Immobilienmarkt geschuldet ist.

Neue Wirrungen und Irrungen in der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung zu der Beitragsveranlagung der sog. Altanschießer wird für den Laien, aber auch für die Fachleute immer undurchsichtiger.

Entscheidung des Bundesgerichtshofes zur Staatshaftung:

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat am 27.06.2019 (Az.: III ZR 93/18) entschieden, dass dem klagenden Altanschießer gegenüber dem Aufgabenträger kein Anspruch auf Schadensersatz wegen einer verfassungswidrigen Beitragserhebung zusteht. Der BGH kommt dabei zu dem Ergebnis, dass die Beitragserhebung des Aufgabenträgers weder wegen tatsächlicher noch wegen fiktiver Festsetzungsverjährung rechtswidrig war. Entgegen der Rechtsprechung des OVG Berlin-Brandenburg setzte nach Auffassung des BGH auch

schon die alte Fassung von § 8 Abs. 7 S. 2 KAGBbg für das Entstehen der sachlichen Beitragspflicht und damit für den Beginn der Festsetzungsverjährung das Inkrafttreten einer rechtswirksamen Satzung voraus. Der Erlass einer unwirksamen Beitragssatzung bestimmte auch nicht den Zeitpunkt, zu dem eine wirkungsvolle Beitragssatzung rückwirkend in Kraft gesetzt werden musste. Dies habe im konkreten Fall zur Folge, dass der an die Kläger gerichtete Beitragsbescheid vom 15.11.2011 noch vor Eintritt der (hypothetischen) Festsetzungsverjährung ergangen war.

Der BGH ist nach eigenen Angaben nicht an die Rechtsprechung des OVG Berlin-Brandenburg zu § 8 Abs. 7 S. 2 KAG Bbg a.F. gebunden, sondern hat eine eigenständige Auslegung dieser Norm vorzunehmen. Der BGH fühlt sich auch nicht an den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 12.11.2015 (Az.: 1 BvR 2961/14 und 1 BvR 3051/14) gebunden, da insoweit dem Bundesverfassungsgericht die Auslegung des Kommunalabgabengesetzes bei seiner Entscheidung vorgegeben wurde und das Bundesverfassungsgericht lediglich verfassungsrechtliche Fragen geprüft habe.

Legt man die Auffassung des BGH zugrunde, dürften die meisten Beitragsbescheide der Aufgabenträger gegenüber den sog. Altanschießern regelmäßig rechtmäßig sein; nach Auffassung der Verwaltungsgerichte unter Beachtung der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts sind diese Bescheide dagegen in vielen Fällen rechtswidrig.

OVG Berlin-Brandenburg folgt dem BGH nicht:

Das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg ist nunmehr in seinem Beschluss vom 04.09.2019 (OVG 9 S 18.18) auf die zuvor genannte Entscheidung des BGH eingegangen. Das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg führt insoweit wie folgt aus:

„Der Auslegung des § 8 Abs. 7 Satz 2 KAG a.F. durch den Bundesgerichtshof ist jedoch nicht zu folgen.“

Es bestehe für das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg kein Grund dafür, § 8 Abs. 7 S. 2 KAG Bbg a.F. in Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung so auszulegen, wie es der Bundesgerichtshof tut.

Konsequenzen für die Aufgabenträger:

Daher ist weiter damit zu rechnen, dass das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg und ebenso die jeweils zuständigen Verwaltungsgerichte im Land Brandenburg nicht bestandskräftige Beitragsbescheide, die nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 12.11.2015 gegen das Rückwirkungsverbot verstoßen, aufheben werden. Insoweit erscheint es risikobehaftet, die Aufhebung solcher Bescheide zu stoppen und weitere verwaltungsgerichtliche Entscheidungen abzuwarten. Ein solches Vorgehen würde zu weiteren Kosten für die Aufgabenträger und für erneute Unruhe in der Bevölkerung führen.

Auf der anderen Seite müssen die Aufgabenträger nach der derzeitigen Rechtsprechung des BGH nicht mehr damit rechnen, bei bestandskräftigen Beitragsbescheiden, die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vom 12.11.2015 gegen das verfassungsrechtlich geschützte Rückwirkungsverbot verstoßen, zu einem Schadensersatz nach dem Staatshaftungsgesetz verurteilt zu werden. Ein Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot liegt nach Auffassung des BGH gar nicht vor. Zwar könnte sich die Rechtswidrigkeit solcher Bescheide noch aus anderen Gründen ergeben, doch wäre es nach unserer Einschätzung im Hinblick auf solche Rechtswidrigkeitsgründe den Bescheidempfängern zumutbar gewesen, den Bescheid anzufechten und ggf. den Klageweg zu beschreiten. Ein Schadenersatzanspruch würde dann an § 2 StHG scheitern.

Da der Bundesgerichtshof in dem konkreten Fall das Verfahren an das Brandenburgische Oberlandesgericht wegen der Prüfung sonstiger Rechtswidrigkeitsgründe zurückverwiesen hat und die Kläger darüber hinaus möglicherweise versuchen werden, auch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom Bundesverfassungsgericht überprüfen zu lassen, bleibt auch insoweit die weitere Entwicklung abzuwarten.

Derzeit ist jedenfalls damit zu rechnen, dass die Zivilgerichte Schadenersatzansprüche nach dem StHG mit der Begründung ablehnen, dass die (bestandskräftigen) Bescheide rechtmäßig sind, während die Verwaltungsgerichte nicht bestandskräftige Bescheide bei einer Anfechtungsklage als rechtswidrig aufheben würden.

Die Aufgabenträger und die Bürger können nur noch über die verschiedenen Entscheidungen und die Uneinigkeit der Gerichte staunend den Kopf schütteln.

Veranstaltungen und Veröffentlichungen:

Herr Rechtsanwalt Kühne, Autor im „Potsdamer Kommentar, Kommunalrecht und Kommunales Finanzrecht in Brandenburg“, führt auch in diesem Jahr diverse Seminare durch. Es erwarten Sie beispielsweise noch die Seminare zur Straßenentwässerung und zu den Leitungsrechten, beide im November.

Herr Rechtsanwalt Dr. Harms führt unterschiedliche Seminare zum Bauvertrags- und –vergaberecht (VOB Teil A und B) durch.

Über Seminare und Seminaranbieter informieren wir Sie gerne.

Über uns:

SWKH erbringt rechts- und wirtschaftsberatende Dienstleistungen speziell in den Bereichen Ressourcenschutz, Infrastrukturentwicklung und im Wirtschaftsrecht; hierzu gehören u.a. das Planungs- und Baurecht, das Energierecht und Umweltrecht, Gesellschafts- und Wirtschaftsverwaltungsrecht sowie das Kommunal- und Verfassungsrecht.

Verantwortlich für den Inhalt:

RA Jörg Schmidt-Wottrich

RA Rainer Kühne

RA Dr. jur. Andreas Harms

Kontakt:

Büro Berlin

Kantstraße 31

D-10625 Berlin

Tel: +49.30.20 45 49 30

Fax: +49.30.20 45 49 333

Email: ra@swkh.de