

02.10.2019

- 1. Die Unvereinbarkeit der HOAI-Mindestsätze mit dem Unionsrecht stellt keinen Mangel dar, der die Fortführung des Vergabeverfahrens und die Vergabe des Auftrages selbst ausschließt.**
- 2. Auch die durch die EuGH-Entscheidung eröffneten Spielräume bei der Honorargestaltung berechtigen den Auftraggeber nicht zur Aufhebung eines laufenden Verfahrens.**

OLG Rostock, Beschluss vom 02.10.2019 – 17 Verg 3/19

Eine kommunale Wohnungsgesellschaft schreibt Planungsdienstleistungen aus. Über die beabsichtigte Zuschlagserteilung streiten die Beteiligten vor dem OLG Rostock. Als die Auftraggeberin von der Entscheidung des EuGH zur Europarechtswidrigkeit der Mindestsätze der HOAI erfährt, hebt sie das Verhandlungsverfahren mit der Begründung auf, dass sie den Honorarparameter bei den Zuschlagskriterien mit deutlich mehr als 10 Prozent angesetzt hätte, wenn ihr schon bei Einleitung des Verfahrens bekannt gewesen wäre, dass die verbindlichen Honorare der HOAI gegen das EU-Recht verstoßen. Der für den Zuschlag beabsichtigte Bieter beantragt daraufhin die Aufhebung der Aufhebungsentscheidung, hilfsweise die Feststellungen deren Rechtswidrigkeit. Denn das Preisrahmenrecht der HOAI sei auch nach der Entscheidung des EuGH anwendbar. Die Gewichtung der Honorarparameter stehe in keinem kausalen Zusammenhang mit dieser Entscheidung.

#### **Entscheidung des Gerichts**

Das OLG weist den Hauptantrag des Bieters ab. Zwar sei die Aufhebung rechtswidrig, weil sich der AG nicht auf die Aufhebungsgründe aus § 63 Abs. 1 VgV berufen könne. Durch die Entscheidung des EuGH habe sich weder die Grundlage des Vergabeverfahrens wesentlich geändert, noch liegen andere schwerwiegende Gründe vor, die die Aufhebung rechtfertigen würden. Das Risiko einer fehlerhaften rechtlichen Beurteilung im Rahmen der Ausschreibung trage die Vergabestelle, zumal die Entscheidung des EuGH aufgrund der langen Vorgeschichte auch nicht „unvorhersehbar“ gewesen ist. Darüber hinaus war eine Aufhebung des Verfahrens als ultima ratio auch nicht erforderlich. Vielmehr hätte es als milderer Mittel genügt, lediglich die rechtswidrige Vorgabe der Honorarkalkulation diskriminierungsfrei aufzuheben und nicht anzuwenden.

Die vom OLG festgestellte Rechtswidrigkeit der Aufhebung führt jedoch nur zu Schadensersatzansprüchen für den benachteiligten Bieter. Denn ein Anspruch auf Fortsetzung des Verfahrens besteht nur dann, wenn die Aufhebung in rechtlich missbilligender Weise dazu eingesetzt wurde, den Auftrag außerhalb des eingeleiteten Verfahrens an einen bestimmten Bieter zu vergeben, eine sogenannte Scheinaufhebung. Solange eine Aufhebung nicht willkürlich ist, bleibt sie nach ständiger Rechtsprechung wirksam, selbst wenn die in der VgV normierten Aufhebungsgründe nicht gegeben sind. Die enttäuschten Bieter müssen in solchen Fällen Schadensersatzansprüche geltend machen.

#### **Hinweis für die Praxis**

Die vieldiskutierte EuGH-Entscheidung zu den Mindestsätzen der HOAI hat auch Auswirkungen auf die Vergabepaxis. Während das OLG Rostock im vorliegenden Fall keinen Aufhebungsgrund erkennt, hat die VK Bund in einem anderen Fall entschieden, dass der öffentliche Auftraggeber zur Aufhebung bei laufenden Verfahren verpflichtet sei, wenn für die Kalkulation der Angebotspreise die HOAI vorgeschrieben war. Dies gelte selbst dann, wenn alle Beteiligten einer Vergabe nach Mindestsätzen zustimmen. Es wird daher höchste Zeit, dass der Bundesgerichtshof in einer Grundsatzentscheidung klarstellt, wie mit den als europarechtswidrig erklärten Mindestsätzen der HOAI künftig in laufenden Honorarstreitigkeiten sowie laufenden Vergabeverfahren umzugehen ist.

[Dr. Ulrich Dieckert](#)  
Rechtsanwalt