

**Gutachten**  
**zu den Auswirkungen des Beschlusses des OLG München vom 13. März 2017**  
**auf die Schwellenwertberechnung bei Planungsleistungen**

**I. Auftrag**

Der Präsident des Abgeordnetenhauses von Berlin hat aufgrund einer entsprechenden Bitte der AfD-Fraktion den Wissenschaftlichen Parlamentsdienst mit der Erstellung eines Gutachtens zu den Auswirkungen des Beschlusses des OLG München vom 13. März 2017 (Verg 15/16) auf die Schwellenwertberechnung bei Planungsleistungen nach § 3 Absatz 7 Satz 2 VgV beauftragt. Die AfD-Fraktion hat insbesondere um die Beantwortung der folgenden Frage gebeten:

Können die Hochbauämter und andere bauende und planende Bereiche des Landes Berlin so verfahren, dass in (nur) mit EU-Fördermitteln finanzierten öffentlichen Aufträgen die Auftragswerte unterschiedlicher Planungsleistungen entgegen der Regelung des § 3 Absatz 7 Satz 2 VgV addiert werden, um einem EU-Verfahren vorzubeugen?

Die Gutachten des Wissenschaftlichen Parlamentsdienstes sind urheberrechtlich geschützt. Die weitere Verarbeitung, Verbreitung oder Veröffentlichung – auch auszugsweise – ist nur unter Angabe der Quelle zulässig. Jede Form der kommerziellen Nutzung ist untersagt.

## II. Gutachten

### 1. Sachverhalt/Hintergrund

Die Höhe des Auftragswerts entscheidet, ob ein Vergabeverfahren nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)<sup>1</sup> in Verbindung mit der Vergabeverordnung (VgV)<sup>2</sup> als EU-Vergabeverfahren durchzuführen ist und damit eine europaweite Ausschreibung erforderlich macht, oder ob es national vergeben werden kann. Erreicht der finanzielle Umfang eines Auftrags einen bestimmten Schwellenwert (vgl. § 106 GWB), so richtet sich die Vergabe nach EU-Recht.

§ 3 VgV legt u. a. fest, wie der öffentliche Auftraggeber den Auftragswert bei der Beauftragung von Architektur- und Ingenieurleistungen schätzen kann. Für den Gutachtenauftrag steht § 3 Absatz 7 VgV und dort insbesondere der Satz 2 im Mittelpunkt. Während Satz 1 bestimmt, dass die Auftragshöhe bei einem (Dienstleistungs-)Auftrag, der in mehreren Losen vergeben wird, durch die Addition sämtlicher Lose zu ermitteln ist, wird in Satz 2 festgelegt, dass bei Planungsleistungen eine solche Addition der Lose nur erfolgt, wenn diese gleichartig sind.

§ 3 Absatz 7 VgV lautet wie folgt:

#### § 3

#### *Schätzung des Auftragswerts*

...

*(7) Kann das beabsichtigte Bauvorhaben oder die vorgesehene Erbringung einer Dienstleistung zu einem Auftrag führen, der in mehreren Losen vergeben wird, ist der geschätzte Gesamtwert aller Lose zugrunde zu legen. Bei Planungsleistungen gilt dies nur für Lose über gleichartige Leistungen. Erreicht oder überschreitet der geschätzte Gesamtwert den maßgeblichen Schwellenwert, gilt diese Verordnung für die Vergabe jedes Loses.*

...

Während die bisherige Praxis angenommen hat, dass die Honorare verschiedener Fachplanungen (wie Objektplanung, Tragwerksplanung, Planung der technischen Gebäudeausrüstung und der thermischen Bauphysik) für ein einheitliches Bauvorhaben keine gleichar-

---

<sup>1</sup> Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26.6.2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Gesetz vom 1.6.2017 (BGBl. I S. 1416) geändert worden ist.

<sup>2</sup> Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV) vom 12.4.2016 (BGBl. S. 624).

tigen Leistungen darstellen und damit für die Schätzung des Auftragswerts auch nicht zu addieren sind,<sup>3</sup> hat sich mit dem Beschluss des OLG München vom 13. März 2017 – Verg 15/16 – erstmalig ein Vergabesenat dazu geäußert, ob unter Berücksichtigung der europarechtlichen Vorgaben eine Addition verschiedener Planungsleistungen bei der Berechnung des EU-Schwellenwerts erfolgen muss.<sup>4</sup>

Konkret geht es dabei um die Frage, ob bei der Beurteilung der Gleichartigkeit (auch) die funktionale, wirtschaftliche und technische Funktion der Planungsleistungen für das Bauvorhaben zu berücksichtigen ist.

Anders als es die Gutachtenfrage nahelegt, ist die in § 3 Absatz 7 Satz 2 VgV gewählte Formulierung in diesem Punkt nämlich nicht eindeutig, sondern auslegungsbedürftig: Es geht um die Frage, ob § 3 Absatz 7 Satz 2 VgV künftig so auszulegen ist, dass – entgegen der bisher in Deutschland weithin vertretenen Ansicht – verschiedene Fachplanungen als „gleichartig“ im Sinne des § 3 Absatz 7 VgV zu werten sind.

Im Folgenden wird zunächst der Inhalt des OLG-Beschlusses zusammenfassend dargestellt, soweit dies für die Beantwortung der Gutachtenfrage erforderlich ist. Anschließend werden die sich daraus ergebenden Schlussfolgerungen gezogen.

## **2. Der Beschluss des OLG München vom 13. März 2017**

Vorab ist festzuhalten, dass die Entscheidung die Ausschreibung eines sog. Sektorauftraggebers betraf. Das sind Unternehmen, die auf dem Gebiet der Trinkwasser-, Energie-, Verkehrs- und Telekommunikationsversorgung tätig sind (vgl. §§ 100, 102 GWB). Die Vergabe richtet sich dann nach der sog. Sektorenverordnung.<sup>5</sup> Für die Berechnung des Schwellenwerts bei Planungsleistungen ist § 2 Absatz 7 Satz 2 SektVO maßgeblich, der inhaltsgleich mit § 3 Absatz 7 Satz 2 VgV ist; auch hier sind Planungsleistungen nur zu addieren, wenn diese gleichartig sind. Da beide Normen in der SektVO als auch in der VgV wort- und inhaltsgleich sind, ist die Entscheidung auf andere öffentliche Auftraggeber übertragbar.

---

<sup>3</sup> Vgl dazu *Matuschak*, NZBau 2016, 613; *Portz*, Deutscher Städte- und Gemeindebund, Das neue Vergaberecht 2016, Punkt VI.2., S. 7f.

<sup>4</sup> Die Regelung zur Auftragswertermittlung bei Planungsleistungen ist mit der Vergaberechtsreform im April 2016 wesentlich verändert worden (vgl. Artikel 1 des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes vom 17.2.2016 (BGBl. I S. 203). In der bis zum 17. April 2016 geltenden Fassung des § 3 Absatz 7 VgV (alt) hatte eine Addition freiberuflicher Teilaufträge nur zu erfolgen, wenn diese mehrere Teilaufträge „derselben freiberuflichen Leistung“ erfasste.

<sup>5</sup> Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung - SektVO) vom 12.4.2016 (BGBl. I S. 624, 657).

Die Antragsgegnerin in dem Verfahren vor dem OLG, die im Bereich der Strom-, Erdgas-Trinkwasser- und Wärmeversorgung tätig ist, hatte den Neubau eines Verwaltungsgebäudes ausgeschrieben. Die Bekanntmachung enthielt u.a. folgende Angaben:

*„Als Energieversorgungsunternehmen der Region ist es Ziel, den Neubau des eigenen Verwaltungsgebäudes in höchstem Maß auf die Werte Energieeffizienz und CO<sub>2</sub>-Reduktion auszurichten. Die Planungsdisziplinen der Tragwerksplanung, der technischen Ausrüstung, der thermischen Bauphysik, der technischen Ausrüstung, der thermischen Bauphysik und nicht zuletzt der Objektplanung müssen daher lückenlos aufeinander abgestimmt und optimiert werden. Sie bilden eine Einheit ohne Schnittstellen.“<sup>6</sup>*

Der Antragsteller, ein Architekturbüro, rügte verschiedene Verfahrensfehler und stellte bei der Vergabekammer einen Nachprüfungsantrag. Diese verwarf den Antrag als unzulässig mit der Begründung, dass der Auftragswert den Schwellenwert nicht erreiche.

Gegen den Beschluss der Vergabekammer wendete sich der Antragsteller mit der sofortigen Beschwerde. Er ist der Ansicht, dass der Schwellenwert erreicht sei, da alle für den Bau erforderlichen Dienstleistungsaufträge zu addieren seien. Damit sei die sofortige Beschwerde zulässig.

Die Antragsgegnerin wendete dagegen ein, die Vergabekammer habe zu Recht festgestellt, dass der maßgebliche Schwellenwert nicht überschritten sei. Objektplanung und Tragwerksplanung seien keine gleichartigen Leistungen; daher erfolge gemäß § 2 Absatz 7 Satz 2 SektVO keine Addition der Planungsleistungen.

Das OLG München stellte fest, dass der maßgebliche Schwellenwert überschritten sei, weil entgegen der Ansicht der Vergabekammer – jedenfalls im vorliegenden Einzelfall – die Planungsleistungen zu addieren und nicht nur die Kosten der Tragwerksplanung zu berücksichtigen waren.

Die sofortige Beschwerde war u. a. deswegen zulässig. Das Gericht begründet dies wie folgt:

Es führt aus, dass die bislang herrschende Ansicht für die Beurteilung der Gleichartigkeit freiberuflicher Planungsleistungen die unterschiedlichen Leistungsbilder der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) heranziehe. Danach stellten die Planungsleistungen der Objektplanung, der Tragwerksplanung und der Planung der technischen Gebäudeausrüstung unterschiedliche Leistungsbilder dar und seien damit als verschiedenartige und somit nicht zu addierende Planungsleistungen anzusehen. Für diese Auslegung spreche der Wortlaut, der auf Gleichartigkeit und nicht auf eine wirtschaftliche oder technische Funktion der Planungsleistung abstelle, und auch die Entstehungsgeschichte: Die

---

<sup>6</sup> OLG München, Beschluss vom 13. März 2017 – Verg 15/16 – Rn. 6 (juris).

noch im Referentenentwurf zur VgV (mit der gleichen Problematik im Rahmen des dortigen § 3 Absatz 7 Satz 2) vorgesehene Fassung, die auf einen funktionalen Zusammenhang abstellte, sei zugunsten der jetzigen Formulierung geändert worden.

Außerdem weist das Gericht darauf hin, dass bei einer funktionalen Betrachtungsweise der Anwendungsbereich des § 2 Absatz 7 Satz 2 SektVO gering wäre, da die verschiedenen Fachplanungen häufig einem Bauvorhaben dienen und damit im engen wirtschaftlichen und technischen Zusammenhang stünden. Schließlich würde die Ausschreibungspflicht deutlich ausgeweitet, selbst wenn der Schwellenwert für die eigentliche Bauleistung möglicherweise noch nicht erreicht wäre.

Im Weiteren führt das Gericht jedoch aus, dass erhebliche Bedenken bestehen, ob diese Auslegung mit europarechtlichen Vorgaben im Einklang steht. Zum einen finde sich in der europäischen Richtlinie (Art. 16 Absatz 8 RiLi 2014/25/EU) keine derartige Einschränkung, wonach nur gleichartige Planungsleistungen zu addieren seien. Eine „Gleichartigkeit“ würde in der Richtlinie nur gefordert, wenn der Erwerb von Waren betroffen sei.

Außerdem habe auch der Europäische Gerichtshof (EuGH) in seiner Entscheidung vom 15. März 2012<sup>7</sup> eine funktionale Betrachtung eingefordert. Nach Ansicht des EuGH sei für die Frage, ob es sich um einen Dienstleistungsauftrag handle, der nur in verschiedene Abschnitte oder Lose aufgeteilt, aber für die Berechnung des Schwellenwerts als ein Auftrag zu behandeln sei, eine funktionelle Betrachtung maßgeblich. Es müsse der einheitliche Charakter in Bezug auf die wirtschaftliche und technische Funktion berücksichtigt werden. Auch die Europäische Kommission habe sich dieser Sichtweise in einem – zwischenzeitlich eingestellten – Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland angeschlossen. Die Kommission habe in dem beanstandeten Fall die Voraussetzungen einer funktionalen Kontinuität und inneren Kohärenz als erfüllt angesehen, da sich alle Planungsaufträge auf das einheitliche Bauvorhaben der Sanierung eines örtlichen Freibads bezogen hätten.

Nach Ansicht des Gerichts erscheint es „(...) nicht ausgeschlossen, § 2 Absatz 7 Satz 2 SektVO dahingehend auszulegen, dass es für die „Gleichartigkeit“ auch auf die wirtschaftliche und technische Funktion der Planungsleistungen ankommt.“<sup>8</sup>

Zur Begründung zitiert das Gericht die amtliche Begründung der inhaltlich identischen Regelung des § 3 Absatz 7 Satz 2 VgV:

*„Satz 2 stellt deklaratorisch fest, dass nur die Werte solcher Planungsleistungen zusammenzurechnen sind, die gleichartig sind. Bei der Bewertung, ob Planungsleistungen*

---

<sup>7</sup> Az: C-574/10 – (juris).

<sup>8</sup> OLG München, a.a.O., Rn. 65 (juris).

*gleichartig sind, ist die wirtschaftliche oder technische Funktion der Leistung zu berücksichtigen.“<sup>9</sup>*

Allerdings stellt das Gericht weiter fest:

*„Ob sich aus obigen Erwägungen in jedem Fall die Leistungen der Objektplanung, der Tragwerksplanung und der Planung der technischen Gebäudeausrüstung für ein einheitliches Bauvorhaben als gleichartige Leistung anzusehen und für die Schwellenwertberechnung zu addieren sind, bedarf vorliegend keiner abschließenden Entscheidung. Jedenfalls im streitgegenständlichen Fall ist eine Addition vorzunehmen.“<sup>10</sup>*

Das Gericht stützt in diesem Einzelfall die Gleichartigkeit darauf, dass der Auftraggeber selbst in seiner Bekanntmachung dokumentiert hat, dass er von einer funktionalen, wirtschaftlichen und technischen Einheit der Planungsleistungen ausgehe.<sup>11</sup> Das Gericht sah keinen Anlass, dies anders zu beurteilen. Die Dienstleistungen wiesen – so der Senat – in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht eine innere Kohärenz und funktionale Kontinuität auf, die durch die Aufteilung in verschiedene Abschnitte nicht durchbrochen werden könne.

Zusammenfassend bleibt damit festzuhalten, dass das OLG ausdrücklich offen gelassen hat, ob zukünftig stets Objekt- und Fachplanungsleistungen für ein einheitliches Bauvorhaben als gleichartig im Sinne von § 3 Absatz 7 Satz 2 VgV oder § 2 Absatz 7 Satz 2 SektVO zu bewerten sind. Entschieden hat das OLG nur, dass Planungsleistungen jedenfalls dann als gleichartig anzusehen sind, wenn der öffentliche Auftraggeber selbst dokumentiert, dass er von einer funktionalen, wirtschaftlichen und technischen Einheit der Planungsleistungen ausgeht.

Zu prüfen ist nunmehr, welche Schlussfolgerungen aus dem Beschluss des OLG München für die Praxis zu ziehen sind.

### **3. Schlussfolgerungen**

Zunächst ist festzustellen, dass sich durch den Beschluss des OLG München die bestehende Rechtslage nicht wesentlich verändert hat.

Die bisherige Praxis, die verschiedenen Leistungsbilder der HOAI als Kriterium für die Bewertung der Gleichartigkeit heranzuziehen und daraus zu folgern, dass die verschiedenen Leistungsbilder der HOAI auch vergaberechtlich unterschiedliche Leistungen darstellen und damit für die Schwellenwertberechnung nicht zu addieren sind, war schon vor der

---

<sup>9</sup> OLG München, a.a.O., Rn. 65 (juris).

<sup>10</sup> OLG München, a.a.O., Rn. 66 (juris).

<sup>11</sup> Vgl. Zitat der Bekanntmachung, S. 4 dieses Gutachtens.

Entscheidung des OLG München europarechtlich bedenklich.<sup>12</sup> Sowohl das vom OLG herangezogene Urteil des EuGH vom 15. März 2012<sup>13</sup> sowie das ebenfalls vom Senat erwähnte und inzwischen eingestellte Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission gegen Deutschland im Fall des Niedersächsischen Schwimmbades Stadt Elze<sup>14</sup> machen deutlich, dass für die Schwellenwertberechnung bei Planungsleistungen eine funktionale Betrachtung erforderlich ist. Zwar wird in der Literatur mit guten Gründen die Ansicht vertreten, dass weder in der Entscheidung des EuGH noch in dem Vertragsverletzungsverfahren der Kommission die Frage eindeutig geklärt wurde, ob Objekt- und Fachplanung eines Bauprojektes zur Berechnung des Schwellenwertes addiert werden müssen.<sup>15</sup> Das Gericht stellt jedoch fest, es komme letztlich darauf an, dass der bundesdeutsche Gesetz- bzw. Verordnungsgeber selbst ausweislich der amtlichen Begründung festgestellt hat, dass bei der Bewertung, ob Planungsleistungen gleichartig sind, die wirtschaftliche und technische Funktion der Leistung zu berücksichtigen ist.<sup>16</sup>

Folgt man dieser europafreundlichen Auslegung, hat dies für den öffentlichen Auftraggeber die Folge, dass die EU-Schwellenwerte sehr häufig erreicht werden. Folgt man dieser Ansicht nicht, besteht bei EU-geförderten Vorhaben – auch nach Abschluss des Vergabeverfahrens – das Risiko drohender Rückforderungen.

Da das OLG München es jedoch ausdrücklich offen gelassen hat, wie generell in dieser Frage zu verfahren ist, erscheint es zulässig, bis zu einer höchstrichterlichen Klärung des Problems jedenfalls bei EU-geförderten Vorhaben eine Addition der Planungsleistungen vorzunehmen, um möglicherweise drohenden Rückforderungen vorzubeugen.

---

<sup>12</sup> So auch *Noch*, Vergaberecht kompakt, 7. Auflage 2016, Kapitel B Rn. 377 ff., vgl. auch *Schneevogel* in: Heiermann/Zeiss/Summa, juris-PK –VergR, 5. Aufl. 2016, § 97 GWB Rn. 129ff.

<sup>13</sup> EuGH, NVwZ 2012, 489 – „Aulhalle Niederhausen“ – Az. C-574/10.

<sup>14</sup> EU-Kommission, Vertragsverletzungsverfahren vom 11.12.2015, Nr. 2015/4228; vgl. dazu *Noch*, Vergaberecht, a.a.O., Kapitel B Rn. 378.

<sup>15</sup> Zur Entscheidung des EuGH, *Kokew*, NZBau 2012, 749; umfassend *Matuschak*, NZBau 2016, 613ff.

<sup>16</sup> Kritisch zum Beschluss des OLG München: *Müller*, jurisPR-VergR 6/2017 Anm. 2.

Auch die für das Land Berlin maßgebliche ABau<sup>17</sup> bestätigt diese Sicht. Dort wird dringend empfohlen, in mit EU-Fördermitteln finanzierten Aufträgen die Auftragswerte unterschiedlicher Planungsleistungen zu addieren.<sup>18</sup>

Bei den übrigen, nicht EU-geförderten Vergabeverfahren kann die bisherige Praxis zunächst fortgeführt werden. Doch auch hier ist eine sorgfältige Einzelfallprüfung und Abwägung anhand des oben Dargelegten anzuraten, da nicht auszuschließen ist, dass die künftige Rechtsprechung der Ansicht des OLG München folgen wird.

### III. Zusammenfassung und Ergebnis

Nach § 3 Absatz 7 Satz 2 der Vergabeverordnung sind Planungsleistungen für die EU-Schwellenwertberechnung nur dann zu addieren, wenn diese gleichartig sind. Welche Planungsleistungen „gleichartig“ sind, ist nicht eindeutig definiert und muss als unbestimmter Rechtsbegriff in jedem Einzelfall durch Auslegung ermittelt werden.

Bisher wurden häufig die verschiedenen Leistungsbilder der HOAI als Indiz für nicht vorhandene „Gleichartigkeit“ herangezogen. Demnach wurden die Planungsleistungen der Objektplanung, der Tragwerksplanung und der Planung der technischen Gebäudeausrüstung für ein einheitliches Bauvorhaben als verschiedenartige und somit nicht zu addierende Planungsleistungen gewertet. Dies ist schon seit langem europarechtlich bedenklich.

Durch den Beschluss des OLG München vom 13. März 2017 hat sich die Rechtslage nur unwesentlich verändert:

Das OLG hat klargestellt, dass ausweislich der amtlichen Begründung des Verordnungsgebers bei einer funktionalen, wirtschaftlichen und technischen Einheit von Planungsleistungen grundsätzlich eine Addition der Auftragswerte erfolgen muss. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Auftraggeber selbst diese Einheit dokumentiert.

Darüber hinaus hat es ausdrücklich offen gelassen, ob zukünftig generell Objekt- und Fachplanungsleistungen für ein einheitliches Bauvorhaben als gleichartig im Sinne von § 3 Absatz 7 Satz 2 VgV oder § 2 Absatz 7 Satz 2 SektVO zu bewerten sind. Das OLG hat jedoch erkennen lassen, dass nach seiner Ansicht gegen die bisherige Praxis erhebli-

---

<sup>17</sup> ABau IV 140, Allgemeine Anweisung für die Vorbereitung und Durchführung von Bauaufgaben Berlins – Anweisung Bau (ABau), ABau 2013, Stand März 2017.

<sup>18</sup> So auch *Ott*, in [www.vergabeblog.de/2017-04-03](http://www.vergabeblog.de/2017-04-03) (Stand Juli 2017); *Auftragsberatungszentrum Bayern*, [www.abz-bayern.de](http://www.abz-bayern.de) (Mai 2017); *Städte- und Gemeindebund NRW*, StGB NRW-Mitteilung 244/2017 vom 22.3.2017; im Ergebnis auch: *beck-online*, NJW-Spezial 2017, 268, Anm. zu OLG München; *Müller*, *jurisPR-VergR* 6/2017 Anm. 2.

che europarechtliche Bedenken bestehen. Diese Sicht hat möglicherweise Einfluss auf zukünftige Entscheidungen der Gerichte und Vergabekammern.

Bis zu einer höchstrichterlichen Klärung können bei EU-geförderten Vorhaben Objekt- und Fachplanungsleistungen addiert werden. § 3 Absatz 7 Satz 2 VgV steht dem nicht entgegen.

Webert