

Fragen zum „Baukostenvereinbarungsmodell“ der HOAI 2009

Rechtsanwalt Dr. Michael Börgers, Berlin¹

Inhaltsverzeichnis

1 Einleitung; Zweck und Inhalt der Baukostenvereinbarung	2
2 Wirksamkeitsvoraussetzungen der Baukostenvereinbarung	3
2.1 Formelle Wirksamkeitsvoraussetzungen.....	4
2.2 Inhaltliche Wirksamkeitsvoraussetzungen.....	5
2.2.1 Vorplanung darf noch nicht abgeschlossen sein	5
2.2.2 Zulässiger Inhalt: Baukostenvereinbarung und anrechenbare Kosten	5
2.2.4 Einvernehmliche Festlegung der Baukosten	8
3 Baukostenvereinbarung und Honoraranpassungsvorschriften	9
4 Baukostenvereinbarung und Beschaffenheitsvereinbarung.....	12
5 Zusammenfassende Bewertung	13

¹ Partner der BÖRGERS Rechtsanwälte Partnerschaft Berlin / Dresden / Frankfurt (Oder) und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht.

1 Einleitung; Zweck und Inhalt der Baukostenvereinbarung

Zum 18.08.2009 ist die Neufassung der HOAI – im Folgenden: HOAI 2009 –, der der Bundesrat am 12.06.2009 zugestimmt hatte, in Kraft getreten². Neben einer grundlegend veränderten Struktur³ bringt die HOAI 2009 auch wesentliche inhaltliche Neuerungen. Besondere Beachtung hat dabei auch das sogenannte „Baukostenvereinbarungsmodell“ gefunden⁴. Auch aus Sicht des Verordnungsgebers selbst kommt dem Baukostenvereinbarungsmodell eine wesentliche Bedeutung zu. Die Neuregelung soll – neben der Bestimmung des § 6 Abs. 1 Nr. 1 HOAI 2009, nach der jetzt für alle Leistungsphasen die anrechenbaren Kosten auf der Grundlage der Kostenberechnung zu ermitteln sind – der Verwirklichung eines der Hauptanliegen der Neufassung dienen, nämlich der Loslösung der Honorarberechnung von den tatsächlichen Baukosten⁵. Treffen die Vertragsparteien eine (wirksame) Baukostenvereinbarung, treten die vereinbarten Kosten⁶ an die Stelle der – auf Basis der Kos-

² BGBl. Teil I, S. 2732 ff; zum Bundesratsbeschluss siehe BR-Drucks. 395/09.

³ Mit einem „Allgemeinen Teil“ (§§ 1 – 16), einem „Besonderen Teil“ (§§ 17 – 56), sowie einem Anlage teil (Anlagen 1 – 14), hinsichtlich dessen wiederum zu unterscheiden ist zwischen einem „unverbindlichen“ Teil (Anlagen 1 und 2) und einem „verbindlichen“ Teil (Anlagen 3 – 14). Hierdurch sollte die Verordnung gestrafft und leichter verständlich gemacht werden. Darüber, ob dies gelungen ist (insbesondere für denjenigen Leser, der über keine juristische Ausbildung verfügt), kann sicher diskutiert werden.

⁴ Vgl. *Averhaus*, NZBau 2009, 473, 476; *Weise*, NJW-Spezial 2009, 444, 445; zu dem vorangegangenen, nach heftiger Kritik dann aber wieder „zurückgezogenen“ Referentenentwurf vom 8.2.2008: *Koebler*, [BauR 2008, 894, 896 f.](#); *Seifert*, BauR 2008, 904, 906 ff., der das „Baukostenvereinbarungsmodell“ dort – S. 906 – als „Kernstück der Neufassung“ bezeichnet.

⁵ BR-Drucks. 395/09 vom 30.04.2009 – im Folgenden: Begründung –, dort unter A. (Allgemeines), III (Wesentliche Regelungen im Überblick), 3. (Abkopplung der Honorare von der tatsächlichen Bau summe durch die Einführung des Baukostenberechnungsmodells, frühzeitige Möglichkeit der Honorarfestlegung durch Einführung des alternativen Baukostenvereinbarungsmodells)

⁶ Bereits hier sei auf eine Auslegungsschwierigkeit hingewiesen, die sich aus der Neufassung der Verordnung ergibt: Die HOAI 2009 spricht in § 6 Abs. 2 von „Baukosten“. Da diese Kosten an die Stelle der auf der Grundlage der Kostenberechnung ermittelten anrechenbaren Kosten treten soll, sind aber wohl auch in § 6 Abs. 2 nicht Gesamtkosten gemeint, sondern anrechenbare Kosten, das heißt z.B. bezogen auf die Objektplanung, §§ 32 ff HOAI 2009, die Kosten der Baukonstruktion – Kostengruppe 300 nach DIN 276/2008 – sowie (teilweise) die Kosten für Technische Anlagen (Kostengruppe 400 nach DIN 276/2008. Aber sind die Vertragsparteien hieran gebunden, oder können

tenberechnung – ermittelten anrechenbaren Kosten. Es handelt sich somit um eine besondere Form der Honorarvereinbarung⁷, die grundsätzlich auch nach der bisherigen Fassung der HOAI zulässig war. Lediglich die Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung bemaß sich – ebenso wie die Wirksamkeit jeder anderen Honorarvereinbarung – nach § 4 HOAI a.F.⁸ Dies hatte zur Folge, dass auch eine (formwirksame) Honorarvereinbarung in der Form der Festlegung der anrechenbaren Kosten nur dann (grundsätzlich) unwirksam war, wenn sie im Ergebnis (bei Zugrundelegung der zutreffend ermittelten anrechenbaren Kosten) zu einer Unterschreitung der Mindest- bzw. einer Überschreitung der Höchstsätze führte. Darin liegt der entscheidende Unterschied zur Baukostenvereinbarung nach § 6 Abs. 2 HOAI 2009. Auf Grund der besonderen Regelung in § 6 Abs. 2 HOAI 2009 treten die vereinbarten (anrechenbaren) Kosten an die Stelle der „zutreffend ermittelten“ (anrechenbaren) Kosten. Auch eine Honorarvereinbarung, die eine Baukostenvereinbarung im Sinne von § 6 Abs. 2 HOAI 2009 enthält, kann noch (nach § 7 Abs. 3 HOAI n.F.) wegen Unterschreitung der Mindestsätze unwirksam sein, jedoch bemisst sich die Beantwortung der Frage, ob die Mindestsätze unterschritten sind, dann nicht mehr anhand der auf der Grundlage der Kostenberechnung ermittelten, sondern anhand der durch die Baukostenvereinbarung festgelegten anrechenbaren Kosten.

2 Wirksamkeitsvoraussetzungen der Baukostenvereinbarung

Aus § 6 Abs. 2 HOAI 2009 ergeben sich formelle und inhaltliche Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Baukostenvereinbarung.

sie im Rahmen der Baukostenvereinbarung auch abweichend von der HOAI 2009 regeln, welche Kosten anrechenbar sind? Und wie ist die Baukostenvereinbarung auszulegen, die hierzu keine ausdrückliche Vereinbarung trifft, sondern nur pauschal von „Baukosten“ spricht? Siehe zu dieser Frage noch weiter unten 2.2.2.

⁷ Vgl. Begründung zu § 6: „Um auch in einem sehr frühen Stadium ... eine Honorarvereinbarung zu ermöglichen, sieht Absatz 2 optional die Möglichkeit einer Baukostenvereinbarung vor.“

⁸ Dazu, dass die HOAI grundsätzlich jede Form von Honorarvereinbarungen zulässt, soweit diese zum einen schriftlich zum Zeitpunkt des Abschlusses des Architektenvertrages zustande kommen, und soweit sie sich – grundsätzlich – innerhalb der Grenzen von Mindest- und Höchstsätzen bewegen, zuletzt (bezogen auf Zeithonorarvereinbarungen) BGH, [Urt. v. 17.04.2009 - VII ZR 164/07, BauR 2009, 1162](#) = NZBau 2009, 450.

2.1 Formelle Wirksamkeitsvoraussetzungen

Unmittelbar aus § 6 Abs. 2 HOAI 2009 ergibt sich, dass die Baukostenvereinbarung schriftlich getroffen werden muss. Wie auch sonst (insbesondere in § 7 Abs. 1 HOAI 2009) ist Schriftform im Sinne des BGB gemeint⁹. Darüber hinaus ist davon auszugehen, dass auch die Baukostenvereinbarung zusätzlich (in zeitlicher Hinsicht) *bei Auftragserteilung* getroffen werden muss. Dies ergibt sich zwar nicht ausdrücklich aus § 6 Abs. 2 HOAI 2009. Es handelt sich aber zum einen um eine Honorarvereinbarung, für die dann richtigerweise die allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen für Honorarvereinbarungen gelten (hier § 7 Abs. 1), soweit sich nicht aus der Spezialnorm des § 6 Abs. 2 eben etwas anderes ausdrücklich ergibt. Zum anderen stellt auch § 6 Abs. 2 HOAI auf den „Zeitpunkt der Beauftragung“ ab, wenn auch nicht ausdrücklich hinsichtlich des Zeitpunktes, zu dem die Baukostenvereinbarung getroffen werden muss, sondern im Zusammenhang mit den inhaltlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Baukostenvereinbarung¹⁰.

⁹ Die Begründung nimmt zu dieser Frage nicht ausdrücklich Stellung, beabsichtigte hinsichtlich der Frage der Anforderungen an die Schriftform aber keine Änderung der bisherigen Rechtslage; vgl. Begründung zu § 7: „§ 7 orientiert sich an der Regelung des bisherigen § 4, in dem die Rahmenbedingungen für die Honorarvereinbarung festgelegt werden. Regelungsinhalt in Absatz 1 ist wegen der Vorgabe im Artikelgesetz wie bisher das Gebot der schriftlichen Vereinbarung bei Auftragserteilung“. Zum Verständnis der Schriftlichkeit nach der bisher geltenden Fassung der HOAI vgl. nur beispielhaft *Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath*, Kommentar zur HOAI, 8. Auflage 2006, Rn. 6 zu § 4 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

¹⁰ „Wenn zum Zeitpunkt der Beauftragung noch keine Planungen als Voraussetzung für eine Kostenschätzung oder Kostenberechnung vorliegen, ...“. Davon, dass die Baukostenvereinbarung bei Auftragserteilung geschlossen werden muss, geht z.B. auch *Koebler*, [BauR 2008, 894, 896](#) – bezogen allerdings auf den Referentenentwurf vom 08.02.2008, aus. Siehe dort außerdem auch den Verweis auf die Ermächtigungsgrundlage der §§ 1, 2 MRVG. Anders für die HOAI 2009 (allerdings ohne Begründung) *Averhaus*, NZBau 2009, 473,476: Die Baukostenvereinbarung sei noch nach der Auftragserteilung bis zur Vorplanung möglich. Aus den im Text dargelegten Gründen halte ich das nicht für zutreffend.

2.2 Inhaltliche Wirksamkeitsvoraussetzungen

§ 6 Abs. 2 HOAI 2009 enthält darüber hinaus sehr erhebliche inhaltliche Anforderungen an die Wirksamkeit von Baukostenvereinbarungen. Es handelt sich um drei Voraussetzungen, die kumulativ vorliegen müssen:

2.2.1 Vorplanung darf noch nicht abgeschlossen sein

Wie sich aus § 6 Abs. 2 HOAI 2009 ergibt, ist die Baukostenvereinbarung nur dann wirksam, „wenn zum Zeitpunkt der Beauftragung noch keine Planungen als Voraussetzung für eine Kostenschätzung oder Kostenberechnung vorliegen“. Das ist der Fall, wenn die Vorplanung abgeschlossen, oder zumindest so weit fortgeschritten ist, dass die Kostenschätzung erstellt werden kann¹¹. Schon hieran wird in vielen Fällen die Wirksamkeit von Baukostenvereinbarungen scheitern, weil es bekanntlich durchaus nicht unüblich ist, dass zum Zeitpunkt der Auftragserteilung die Vorplanung bereits (im Wesentlichen) abgeschlossen ist. Dann aber sind die planerischen Voraussetzungen für die Erstellung der Kostenschätzung erfüllt, und dann soll nach dem Willen des Verordnungsgebers eben auch auf dieser Grundlage – und nicht auf der Grundlage einer hiervon abweichenden Vereinbarung von anrechenbaren Kosten - abgerechnet werden.

2.2.2 Zulässiger Inhalt: Baukostenvereinbarung und anrechenbare Kosten

Nach § 6 Abs. 2 HOAI 2009 ist Inhalt der nach dieser Bestimmung zulässigen Honorarvereinbarung, „dass das Honorar auf der Grundlage der anrechenbaren Kosten einer Baukostenvereinbarung nach den Vorschriften dieser Verordnung berechnet wird“. Daraus ist die Schlussfolgerung zu ziehen, dass die Honorarvereinbarung im Sinne von § 6 Abs. 2 nicht identisch ist mit der Baukostenvereinbarung. Vielmehr ist die Baukostenvereinbarung – im Sinne von § 7 Abs. 5 HOAI 2009¹² - die der Honorarvereinbarung „zugrunde liegende Vereinbarung“. Der zulässige Inhalt der Honorarvereinbarung nach § 6 Abs. 2 ist eng begrenzt. Treffen die Parteien (nur) eine Vereinbarung nach dieser Vorschrift, erfolgt die gesamte Honorarermittlung nach

¹¹ Vgl. § 2 Nr. 13 HOAI 2009.

¹² Siehe hierzu nachfolgend zu 3.

den Bestimmungen der HOAI. Dies dürfte auch hinsichtlich der Frage gelten, welche (der gesamten Bau-) Kosten anrechenbar sind. Der Ordnungsgeber wollte den Vertragsparteien nicht – über die allgemeinen, sich aus § 7 Abs. 1 HOAI 2009 ergebenden Grenzen hinaus - die Möglichkeit eröffnen, die Honorarberechnungsparameter abweichend von der HOAI zu bestimmen. Hierzu gehört auch die Abgrenzung der anrechenbaren von den nicht anrechenbaren Kosten (vgl. z.B. für die Objektplanung § 32 HOAI 2009). Es ging dem Ordnungsgeber mit dem „Baukostenvereinbarungsmodell“ lediglich darum, im Sinne des allgemeinen Ziels der Loslösung der Honorarberechnung von den tatsächlichen Baukosten, den Vertragsparteien die Möglichkeit zu eröffnen, in einem sehr frühen Projektstadium bereits eine alternative Berechnungsgrundlage für die Ermittlung der anrechenbaren Kosten zur Verfügung zu stellen, eben die vereinbarten Baukosten. Hierin erschöpft sich der (zulässige) Inhalt der Honorarvereinbarung nach § 6 Abs. 2 HOAI 2009.

Daraus ergibt sich als weitere Schlussfolgerung: Die Honorarvereinbarung nach § 6 Abs. 2 HOAI 2009 ist nur dann wirksam, wenn ihr eine Baukostenvereinbarung zugrunde liegt, die sich entweder nur auf die anrechenbaren Baukosten bezieht, oder aus der die anrechenbaren Kosten jedenfalls (im Wege der Auslegung) abzuleiten sind. Denn wenn die Baukostenvereinbarung die Abgrenzung von anrechenbaren und nicht anrechenbaren Kosten nicht zulässt, ist es auch nicht möglich, im Sinne von § 6 Abs. 2 HOAI 2009 auf dieser Grundlage das Honorar „nach den Vorschriften dieser Verordnung“ zu berechnen¹³.

Dies bedeutet nicht automatisch, dass die Parteien eine hierüber hinaus gehende Honorarvereinbarung wirksam nicht treffen könnten. So könnten sie z.B. vereinbaren, dass das Honorar auf der Grundlage einer undifferenzierten, eine Abgrenzung von anrechenbaren und nicht anrechenbaren Kosten also nicht zulassenden Baukostenvereinbarung berechnet werden sollte. Eine solche Vereinbarung wäre zunächst auszulegen. Sollte die Auslegung zu dem Ergebnis führen, dass die in der Baukostenvereinbarung ausgewiesenen Gesamtkosten als anrechenbar zugrunde gelegt werden sollen, unabhängig z.B. von § 32 HOAI 2009, wäre die Wirksamkeit

¹³ Vgl. zu der aus dem „unpräzisen“ Begriff der Baukosten sich ergebenden Problematik auch *Averhaus*, NZBau 2009, 473, 476; *Seifert*, [BauR 2008, 904, 907](#).

dieser Vereinbarung nicht mehr am Maßstab des § 6 Abs. 2 HOAI 2009, sondern am Maßstab des § 7 HOAI zu messen.

2.2.3 Nachprüfbarkeit der Baukosten

Des Weiteren ist § 6 Abs. 2 HOAI 2009 auch zu entnehmen, dass die zu vereinbarenden Baukosten nicht beliebig festgesetzt werden können. Sie müssen vielmehr „nachprüfbar“ sein. Was dies bedeuten soll, erläutert der Verordnungstext nicht näher. Wenn einerseits die planerischen Voraussetzungen für die Erstellung der Kostenschätzung noch nicht vorliegen dürfen, andererseits aber die zu vereinbarenden Baukosten nachprüfbar sein müssen, ist der „zeitliche Korridor“, innerhalb dessen eine Baukostenvereinbarung wirksam getroffen werden kann, um das Mindeste zu sagen, verhältnismäßig schmal. In der Verordnungsbegründung werden als Mittel zur Erzielung einer „Nachprüfbarkeit“ Referenzobjekte sowie eine Bedarfsplanung nach DIN 18205¹⁴ genannt. Ob „Nachprüfbarkeit“ im Sinne von § 6 Abs. 2 HOAI 2009 ohne Vorplanung wirklich zu erreichen ist, und ob damit überhaupt ein Anwendungsbereich wirksamer Baukostenvereinbarungen eröffnet ist, wird abzuwarten sein, scheint aber jedenfalls zweifelhaft zu sein.

Der Verweis auf „Referenzobjekte“ allein kann kaum genügen. Es muss ja jedenfalls nachprüfbar sein, inwieweit die in Bezug genommenen Referenzobjekte mit dem Vorhaben, auf das die Baukostenvereinbarung sich beziehen soll, vergleichbar sind. Insoweit wird die Problematik im Grunde nur verschoben, denn es stellt sich wiederum die Frage, woraus sich diese Vergleichbarkeit – wenn nicht wenigstens aus einer Vorplanung – ergeben soll.

Auch der Verweis auf die Bedarfsplanung nach DIN 18205 ist unklar. Denn auch, wenn die Bedarfsplanung ein wertvolles, in der Praxis bisher zu Unrecht kaum beachtetes Hilfsmittel ist¹⁵, bezieht dieses sich doch nur – wie schon der Begriff aussagt – auf die Erfassung des Bedarfs des Bauherrn einschließlich der Finanzierung und des zur Verfügung stehenden „Kostenbudgets“. Daraus folgt aber noch keine

¹⁴ Vgl. Begründung, zu § 6. Zur Bedarfsplanung nach DIN 18205 siehe *Preussner*, [BauR 2009, 415](#).

¹⁵ Vgl. hierzu *Preussner*, [BauR 2009, 415](#).

Nachprüfbarkeit im Sinne von § 6 Abs. 2 HOAI 2009. Denn der Begriff der Nachprüfbarkeit impliziert jedenfalls „Nachvollziehbarkeit“ und „Plausibilität“. Die Finanzierungsmöglichkeiten des Bauherrn mögen, für sich genommen, auch nachvollziehbar sein, sie müssen dies damit aber noch lange nicht im Hinblick auf das vorgesehene Bauvorhaben sein. Für „Nachvollziehbarkeit“ im Sinne von § 6 Abs. 2 HOAI 2009 wird aber zusätzlich eine nachvollziehbare und plausible Begründung dafür zu fordern sein, dass sich das vorgesehene Bauvorhaben mit dem vorgegebenen Kostenbudget auch tatsächlich realisieren lässt. Ob dies alleine auf der Grundlage einer Bedarfsplanung nach DIN 18205 (ohne Vorplanung) möglich ist, ist unklar.

2.2.4 Einvernehmliche Festlegung der Baukosten

Dem bloßen Wortlaut des Verordnungstextes ist nicht ohne Weiteres zu entnehmen, dass durch die Verwendung des Begriffs der „einvernehmlichen Festlegung“ von Baukosten eine eigenständige Wirksamkeitsvoraussetzung aufgestellt werden sollte. Sieht man nur auf den Wortlaut der Verordnung, könnte man vielmehr davon ausgehen, dass der Verordnungstext sich hier nur eine geringfügige Redundanz erlaubt, und dass in Wirklichkeit nicht mehr gemeint war, als dass die Baukosten „vereinbart“ werden müssen. Der Verordnungs begründung ist aber zu entnehmen, dass tatsächlich etwas Anderes bzw. etwas über die bloße Vereinbarung Hinausgehendes gewollt war. Dort¹⁶ findet sich nämlich der Satz, der Abschluss einer Baukostenvereinbarung setze voraus, dass „beide Vertragspartner über den gleichen Informationsstand und das gleiche Fachwissen verfügen“. Dieses Anliegen des Verordnungsgebers kommt im Wortlaut der Verordnung allerdings allenfalls ansatzweise zum Ausdruck. Die Entwicklung der Rechtsprechung zur Auslegung des Begriffs der „einvernehmlichen Festlegung“ wird abzuwarten sein. Der Wille des Verordnungsgebers, ein eigenständiges Wirksamkeitskriterium aufzustellen, wird nicht

¹⁶ Begründung zu § 6; ähnlich auch A (Allgemeines) III (Wesentliche Regelungen im Überblick) 3. (Abkoppelung der Honorare von der tatsächlichen Bausumme durch die Einführung des Baukostenberechnungsmodells, frühzeitige Möglichkeit der Honorarfestlegung durch Einführung eines alternativen Baukostenvereinbarungsmodells), wenn es dort heißt: „Der Abschluss einer solchen Baukostenvereinbarung setzt in der Regel eine fachkundige Auftraggeberin oder einen fachkundigen Auftraggeber voraus.“

gänzlich zu ignorieren sein. Auf der anderen Seite dürfte sehr zweifelhaft sein, ob wirklich auf das Kriterium des „gleichen Fachwissens“ abgestellt werden kann. Dies würde eine Baukostenvereinbarung praktisch nur bei Beauftragung eines „Subplaners“ durch einen Generalplaner bzw. Hauptauftragnehmer, darüber hinaus möglicherweise noch im Verhältnis zu bestimmten gewerblichen Auftraggebern ermöglichen, die über – im Verhältnis zum Auftragnehmer gleichwertiges - eigenes Fachwissen tatsächlich verfügen. Dies ist durch den Wortlaut der Verordnung kaum noch gedeckt, und dürfte auch „über das Ziel hinausschießen“, insbesondere vor dem Hintergrund der besonderen Bedeutung des Verbraucherschutzes auch für die Rechtfertigung zwingenden Preisrechtes. Die Abkopplung der Honorarberechnung von den tatsächlichen Baukosten soll in erster Linie dem Schutz des Auftraggebers, und insoweit vor allem auch dem Verbraucherschutz dienen¹⁷. Es kann hier nur grob „thesenhaft“ skizziert werden, in welcher Richtung eine nähere Bestimmung der Wirksamkeitsvoraussetzung der „einvernehmlichen Festlegung“ denkbar ist:

- *These 1:* Die Baukostenvereinbarung darf nicht (etwa im Sinne des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen) von einer der Vertragsparteien einseitig „gestellt“ werden.
- *These 2:* Die Nachprüfbarkeit der Baukosten muss für beide Vertragsparteien gegeben sein.
- *These 3:* Die Ermittlung der nachprüfbaren Baukosten darf nicht einseitig durch eine Vertragspartei erfolgen, sondern muss das Ergebnis eines Prozesses sein, an dem beide Vertragsparteien angemessen beteiligt werden.

3 Baukostenvereinbarung und Honoraranpassungsvorschriften

Die HOAI 2009 enthält in ihrem „Allgemeinen Teil“ (§§ 1 bis 16) mindestens drei Vorschriften, die sich mit der Frage der Honoraranpassung befassen. Diese Vorschriften werfen eine Vielzahl von Fragen auf, denen an dieser Stelle nicht weiter nachzugehen ist. Da jedoch die Baukostenvereinbarung eine besondere Form von Honorarvereinbarung darstellt, sind diese Vorschriften auch im Falle einer Baukostenvereinbarung zu beachten:

¹⁷ Vgl. *Koebler*, [BauR 2008, 894, 896](#).

Gerade für den Fall der Baukostenvereinbarung könnte die Bestimmung des § 7 Abs. 5 HOAI 2009 Bedeutung erlangen¹⁸. Danach ist die dem Honorar zugrunde liegende Vereinbarung durch schriftliche Vereinbarung anzupassen, sofern sich der beauftragte Leistungsumfang auf Veranlassung des Auftraggebers während der Laufzeit des Vertrages mit der Folge von Änderungen der anrechenbaren Kosten, Werten oder Verrechnungseinheiten ändert. Es ist absehbar, dass ein Auftragnehmer, der sich auf eine Baukostenvereinbarung einlässt und dann feststellt, dass sich auf diese Weise kein auskömmliches Honorar erzielen lässt, versuchen wird, insbesondere über § 7 Abs. 5 HOAI 2009 zu einer Korrektur zu kommen.

Tatsächlich dürfte unzweifelhaft sein, dass eine Baukostenvereinbarung nach § 6 Abs. 2 HOAI eine „dem Honorar zugrunde liegende Vereinbarung“ im Sinne von § 7 Abs. 5 HOAI ist. § 7 Abs. 5 HOAI regelt, dass unter den dort genannten Voraussetzungen „die dem Honorar zugrunde liegende Vereinbarung durch schriftliche Vereinbarung anzupassen“ ist. Nicht geregelt ist damit der Fall – der in der Praxis voraussichtlich nicht selten eintreten wird –, dass es zu einer solchen Vereinbarung (aus welchen Gründen auch immer) nicht kommt. Richtigerweise wird davon auszugehen sein, dass dann die Honoraranpassung auch ohne Vereinbarung zu erfolgen hat¹⁹.

¹⁸ Zu nennen sind darüber hinaus § 3 Abs. 2 HOAI 2009 sowie § 10 HOAI 2009. § 3 Abs. 2 enthält in seinem ersten Satz zunächst eine Art „Legaldefinition“ des Begriffes des Leistungsbildes („Leistungen, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung eines Auftrages im allgemeinen erforderlich sind“). Sodann bestimmt § 3 Abs. 2, dass andere Leistungen, die durch eine Änderung des Leistungsziels, des Leistungsumfangs, einer Änderung des Leistungsablaufes oder andere Anordnungen des Auftraggebers erforderlich werden, von den Leistungsbildern nicht erfasst sind und gesondert frei zu vereinbaren und zu vergüten sind.

§ 10 HOAI 2009 ist aus § 20 HOAI a.F. hervorgegangen, dies allerdings in stark veränderter Form.

¹⁹ Vergleichbar z.B. § 24 HOAI a.F., der vorsah, dass eine Erhöhung des Honorars zu vereinbaren war. Es war für § 24 HOAI a.F. unstrittig, dass der Umbauschlag auch dann zu berechnen war, wenn keine Vereinbarung zum Umbauschlag getroffen worden war, vgl. aus der Rechtsprechung beispielhaft KG, [Urt. v. 16.03.2007 - 6 U 48/06](#), [BauR 2008, 699](#) = NJOZ 2008, 376; vgl. zu § 10 Abs. 3a) HOAI a.F. („der Umfang der Anrechnung bedarf der schriftlichen Vereinbarung“) beispielhaft BGH, [Urt. v. 27.02.2003 - VII ZR 11/02](#), [BauR 2003, 745](#): Angemessene Berücksichtigung der vorhandenen Bausubstanz auch dann, wenn keine Vereinbarung zum Umfang getroffen worden war.

§ 7 Abs. 5 HOAI 2009 setzt voraus, dass sich der beauftragte Leistungsumfang auf Veranlassung des Auftraggebers während der Laufzeit des Vertrages mit der Folge von Änderungen der anrechenbaren Kosten ändern muss. Hinsichtlich der Auslegung des Kriteriums „auf Veranlassung des Auftraggebers“ dürfte auf Rechtsprechung und Literatur zu der entsprechenden Tatbestandsvoraussetzung des § 20 HOAI a.F. zurückzugreifen sein²⁰.

Sodann muss sich der Leistungsumfang ändern. Auf Grund des Wortlauts der Verordnung („Leistungsumfang“) dürfte feststehen, dass zumindest eine Änderung der Leistungsinhalte (geschuldete Leistung) erforderlich ist. Bloße Erschwerungen, die sich aus Begleitumständen der Leistungserbringung ergeben, eröffnen den Anwendungsbereich des § 7 Abs. 5 HOAI 2009 ebenso wenig wie eine „bloße“ Erhöhung der Baukosten ohne entsprechende Änderung des Leistungsinhaltes. Demgegenüber dürfte § 7 Abs. 5 HOAI 2009 nicht nur auf Fälle zusätzlicher Leistungen, sondern auch auf Fälle geänderter Leistung anzuwenden sein. Die Verordnung spricht nicht von einer „Erweiterung“, sondern von einer „Änderung“ des beauftragten Leistungsumfangs.

Wie ausgeführt, wird § 7 Abs. 5 HOAI 2009 so auszulegen sein, dass die Honoraranpassung auch dann zu erfolgen hat, wenn die Vertragsparteien dies nicht (schriftlich) vereinbaren. Es stellt sich dann die Frage, in welcher Weise bei Fehlen einer Honorarvereinbarung der Parteien die Honoraranpassung zu erfolgen hat. Eine naheliegende, wenn auch noch sehr allgemeine Antwort auf diese Frage könnte lauten, dass die Baukostenvereinbarung in der Weise anzupassen ist, dass die auf die Änderung des Leistungsumfanges (auf Veranlassung des Auftraggebers) zurückzuführenden zusätzlichen anrechenbaren Kosten gesondert zu ermitteln, und die vereinbarten Baukosten um den entsprechenden Betrag zu erhöhen sind.

Treffen die Vertragsparteien eine Honoraranpassungsvereinbarung, so ist diese grundsätzlich maßgeblich. Es drängen sich aber weitere Fragen auf, die an dieser

²⁰ Vgl. *Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath*, Kommentar zur HOAI, 8. Auflage 2006, Rn. 9 zu § 20 mit weiteren Nachweisen.

Stelle nur als Fragen angedeutet werden sollen: Ist die Schriftform auch hier Wirksamkeitsvoraussetzung, oder ist auch die mündliche Honoraranpassungsvereinbarung verbindlich? Muss die Honorarvereinbarungsvereinbarung zu einem bestimmten Zeitpunkt getroffen werden (in allenfalls entsprechender Anwendung des § 7 Abs. 1 HOAI 2009), und welcher Zeitpunkt sollte das sein? Sind die Vertragsparteien hinsichtlich des Inhalts der Honoraranpassungsvereinbarung vollständig frei, unterliegen sie den allgemeinen (inhaltlichen) Wirksamkeitsvoraussetzungen z.B. nach § 7 Abs. 1 HOAI 2009, oder hat die Berechnung der Honoraranpassung auch im Falle der Vereinbarung nach § 7 Abs. 5 HOAI 2009 zu erfolgen, gegebenenfalls mit einem „Bewertungsspielraum“²¹?

4 Baukostenvereinbarung und Beschaffenheitsvereinbarung

Baukosten können bekanntlich auch Gegenstand von Beschaffenheitsvereinbarungen sein²². Die auf die Baukosten gerichtete Beschaffenheitsvereinbarung wirkt sich zwar auf die Honorarabrechnung aus, weil es dem Architekten bzw. Ingenieur verwehrt ist, seiner Abrechnung höhere anrechenbare Kosten zugrunde zu legen, als es der Beschaffenheitsvereinbarung entspricht²³. Es handelt sich aber nicht um eine Frage des Honorarrechtes, sondern des werkvertraglichen Mängelhaftungsrechtes. Diese Rechtsprechung kann daher von der Neufassung der HOAI, und insbesondere von der Einführung der Baukostenvereinbarung in die HOAI, nicht berührt sein. Die Baukostenvereinbarung ist demgegenüber, wie ausgeführt, eine besondere Form der Honorarvereinbarung. Baukostenvereinbarung und Vereinbarung eines Kostenbudgets als Beschaffenheitsvereinbarung sind somit zwei grundsätzlich vollständig selbständige und unabhängige Dinge. Dabei gilt: Nicht jede Beschaffenheitsvereinbarung stellt zwingend auch eine Baukostenvereinbarung im Sinne von § 6 Abs. 2 HOAI 2009 dar. Umgekehrt lässt nicht das Vorliegen einer Baukostenvereinbarung zwingend den Rückschluss darauf zu, dass auch eine entsprechende Beschaffenheitsvereinbarung getroffen werden sollte. Im Gegenteil: Treffen die Par-

²¹ Vgl. zu diesem Begriff BGH, [Urt. v. 13.11.2003 - VII ZR 362/02](#), [BauR 2004, 354](#).

²² Vgl. hierzu nur *Kniffka/Koebler*, Kompendium des Baurechts, 3. Auflage 2008, Teil 12 Rn. 480 mit zahlreichen weiteren Nachweisen

²³ BGH, [Urt. v. 23.01.2003 - VII ZR 362/01](#), [BauR 2003, 566](#).

teilen ausdrücklich eine „Baukostenvereinbarung“, dürfte dies im Rahmen der Auslegung dafür sprechen, dass sie die Baukosten eben (nur) im Sinne dieser besonderen Honorarvereinbarung festlegen und – darüber hinaus – eine Beschaffensvereinbarung nicht treffen wollten²⁴.

Wird nur eine Baukostenvereinbarung getroffen, hat diese auch nur honorarrechtliche Auswirkungen. Verschuldensunabhängige Mängelansprüche (z. B. Umplanung als Nachbesserung) können aus einer Baukostenvereinbarung nicht abgeleitet werden. Die Beschaffensvereinbarung kommt als Grundlage derartiger Ansprüche demgegenüber sehr wohl in Betracht. Honorarrechtlich wirkt sich die Beschaffensvereinbarung aber, wie ausgeführt, letztlich in gleicher Weise aus wie eine Baukostenvereinbarung. Jedenfalls aus Sicht des Auftraggebers ist der Sinn der Baukostenvereinbarung deshalb auch durchaus unter diesem Gesichtspunkt fraglich.

5 Zusammenfassende Bewertung

Es ist äußerst zweifelhaft, ob das „Baukostenvereinbarungsmodell“ wirklich diejenige praktische Bedeutung erlangen wird, die der Verordnungsgeber ihm zuweisen wollte. Der Anwendungsbereich des § 6 Abs. 2 HOAI 2009 ist durch eng definierte Wirksamkeitsvoraussetzungen begrenzt, und aus Sicht des Auftraggebers (dessen Interessen das Modell ja in erster Linie zu dienen bestimmt ist) dürfte die Beschaffensvereinbarung in der Regel das probatere Mittel sein.

²⁴ Insofern ist die Bemerkung, aus Sicht des Auftragnehmers bestehe die Gefahr, „dass mit dem Kostenvereinbarungsmodell der Schritt zur Vereinbarung eines Baukostenlimits (Beschaffensvereinbarung) nicht mehr sehr weit“ sei (*Koebler*, [BauR 2008, 894, 897](#)) zumindest schwer verständlich.