

Der zeitliche Geltungsbereich der HOAI 2009

Rechtsanwalt Dr. Stefan Deckers, Köln

Die HOAI 2009 ist am 18.08.2009 in Kraft getreten (einen Tag nach Verkündung im Bundesgesetzblatt, § 56 HOAI). Gemäß § 55 HOAI gilt die Verordnung nicht für Leistungen, die vor ihrem Inkrafttreten vertraglich vereinbart wurden. Der zeitliche Geltungsbereich der HOAI 2009 ist also negativ, nämlich dadurch definiert, dass die Neufassung nicht gilt, wenn beim Abschluss der Vereinbarung der Leistung noch die HOAI 1996 gegolten hat. Es ist umstritten, was das im Einzelfall bedeutet. Die Problematiken werden im Folgenden erörtert.

1 Allgemeines

§ 55 HOAI bestimmt im Wortlaut: „Die Verordnung gilt nicht für Leistungen, die vor ihrem Inkrafttreten vertraglich vereinbart wurden; insoweit bleiben die bisherigen Vorschriften anwendbar.“ Bei der Auslegung der Vorschrift muss man sich also von dem Begriff der „Vereinbarung der Leistung“ ausgehen. Viele Autoren setzen diesen Zeitpunkt ohne Weiteres mit dem Abschluss des Architekten- oder Ingenieurvertrages gleich. Es ist aber zweifelhaft, ob das richtig ist. Für den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses verwendet die HOAI regelmäßig den Begriff „bei Auftragserteilung“, so in §§ 7 Abs. 1 und 6 Satz 1, 14 Abs. 1 Satz 2 und 3 Satz 2, 15 Abs. 3, 29 Abs. 4 S. 1, 30 Abs. 3 Satz 1 HOAI. Dieser Begriff ist aber nicht verwendet worden. § 55 HOAI lautet eben nicht: „Die Verordnung gilt nicht, wenn die Auftragserteilung vor ihrem Inkrafttreten erfolgte; insoweit bleiben die bisherigen Vorschriften anwendbar“. Es mag also etwas bedeuten, wenn in der Verordnung ein anderer Begriff verwendet wird. Die historische Auslegung ergibt nichts anderes. Der Verordnungsgeber hat einen entgegenstehenden Willen nicht geäußert. Die Begründung zu § 55 HOAI schweigt. Ein bloßes Redaktionsversehen ist jedenfalls nicht eindeutig ersichtlich. Für die Annahme, dass es nicht auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ankommt, sprechen praktische Erwägungen. Insbesondere gibt es Fallgestaltungen, bei denen es durchaus sinnvoll ist, die HOAI 1996 noch anzuwenden, wenn auch die Auftragserteilung erst nach dem 17.08.2009 erfolgte. Diese sind im Folgenden zu behandeln.

2 Stufenverträge

Bei der gestuften Beauftragung ist streitig, ob für die nach Inkrafttreten der neuen HOAI beauftragten Leistungen diese oder doch noch die alte Fassung gilt.

2.1 Vereinbarung der Leistung

Dabei ist fraglos der Vertrag über diese Leistungen erst mit Ausübung der Option (bzw. Eintritt der Bedingung) zustande gekommen. Die wohl h.M. stellt allein hierauf ab. Wie gesagt könnte die Auffassung, es käme auf den Vertragsabschluss an, nur dann überzeugen, wenn das Zustandekommen des Vertrages mit dem Begriff der „Leistungsvereinbarung“ i.S.v. § 55 HOAI übereinstimmt. Dies ist keineswegs sicher. Als Leistungsvereinbarung im Sinne des Gesetzes kann nicht nur der Architektenvertrag selbst, sondern eben auch der Vertrag angesehen werden, durch den die Option geschaffen wurde. Der BGH sieht bei einem Stufenvertrag (erst) den Zeitpunkt der Ausübung der Option als den Zeitpunkt der „Auftragserteilung“ i.S.v. § 4 Abs. 1 HOAI an. „Auftragserteilung“ (§ 7 Abs. 1 HOAI) und „Leistungsvereinbarung“ sind aber schon verschiedene Begriffe. Die Gegenansicht kann sich daher keineswegs auf den Wortlaut berufen. Da nichts eindeutig dafür spricht, dass beide Begriffe dasselbe bedeuten sollen, müssen also andere Argumente gefunden werden. Zunächst fällt auf, dass der BGH die Honorarvereinbarung bei der gestuften Beauftragung als durch die Ausübung der Option bedingt ansieht. Bei der aufschiebend bedingten Verträgen entspricht es aber allgemeiner Meinung, dass hier die Leistungsvereinbarung schon mit Vertragsabschluss und nicht erst mit Eintritt der Bedingung erfolgt. Zudem besteht ein historisches Argument. Es gibt einen Einführungserlass des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, in welchem es ausdrücklich heißt, dass der Vertrag, durch den die Option geschaffen wurde, die Leistungsvereinbarung i.S.v. § 55 HOAI ist. Zwar ist ein solcher Erlass nur eine Verwaltungsvorschrift. Er ist aber immerhin durch das Ministerium ergangen, das den Referentenentwurf zur HOAI formuliert hat. Zumindest der Entwurf hat also § 55 HOAI im hiesigen Sinne verstanden. Hierfür sprechen zudem praktische Erwägungen. Die Gegenauffassung nämlich, die zu dem Ergebnis gelangt, dass für ein und dasselbe Vertragsverhältnis teilweise die alte und teilweise die neue Fassung der HOAI gilt, würde im Ergebnis erheblichen Verwirrungen stiften, etwa bei der Anrechnung der Kosten vorhandener Bausubstanz oder beim (entfallenen) § 57 HOAI 1996. Es mag etwa der Architekt einer stufenweisen Beauftragung nur

deshalb zugestimmt haben, weil er sich darauf verlassen hat, dass die vorhandene Bau-substanz bei den anrechenbaren Kosten angemessen berücksichtigt wird. In diesem Ver-trauen wird man ihn nicht enttäuschen dürfen.

2.2 Bereits beauftragte und nicht erbrachte Leistungen

In der Literatur wird vertreten, dass eine Anpassung an die neue HOAI möglich sei, wenn Leistungen im Zeitpunkt ihres Inkrafttretens bereits beauftragt, aber noch nicht erbracht worden seien. Eine entsprechende Absicht sei aus der Begründung der Verordnung, näm-lich BR-Drucks. 395/09, S. 208, ersichtlich. Diese Ansicht ist nicht zutreffend. Die Be-grün-dung der Verordnung enthält weder an der genannten noch an irgendeiner anderen Stelle einen Hinweis auf eine solche Absicht. Am angegebenen Ort ist im Gegenteil aus-geführt, dass die Absätze 3 bis 6 des § 103 HOAI a.F. nur für die alten Fassungen gelten.

2.3 Ausnahmefall im Sinne von § 7 Abs. 3 HOAI?

Folgte man der herrschenden Ansicht, so kann es wegen der Anhebung der Honorare durch die HOAI 2009 zu Mindestsatzunter-schreitungen kommen, wenn für die optional vereinbarten Stufen der alte Mindestsatz oder ein anderes Honorar unterhalb des neuen Mindestsatzes vereinbart war. Ob diese Vereinbarung wirksam bleibt, soll nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht nach § 7 Abs. 3 HOAI zu beurteilen sein. Nähme man da-nach an, dass ein Ausnahmefall gerade deshalb vorliegt, weil der Vertragsabschluss in die Zeit der Verordnungsnovelle fällt, gelangte man so mittelbar wieder zur Erlaubnis der Anwendung der Regelungen der HOAI 1996.

3 Bedingte Verträge

Es ist zulässig, Architekten- und Ingenieurverträge unter aufschiebenden Bedingungen zu vereinbaren. Hierdurch wird nicht gegen Preisrecht verstoßen. In solchen Fällen findet die Leistungsvereinbarung i.S.v. § 55 HOAI im Zeitpunkt des Vertragsschlusses statt, nicht erst im Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung. Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift (ein Bedingungseintritt ist keine Vereinbarung).

4 Vorverträge

Haben die Parteien einen Vorvertrag vor dem 18.08.2009 geschlossen und kommt der Architekten- oder Ingenieurvertrag selbst erst später zustande, so ist streitig, ob auf diesen die alte oder die HOAI 2009 zur Anwendung kommt. Da Vorverträge einen Kontrahierungszwang begründen, stellen sie de facto eine Vereinbarung über die Leistung i.S.v. § 55 HOAI dar. Es gilt in den genannten Fällen also die HOAI 1996.

5 Rahmenverträge

Durch Rahmenverträge wird (nur) und nicht unbedingt umfassend geregelt, welche Inhalte Verträge haben sollen, die möglicherweise in der Zukunft von Parteien des Vertrages abgeschlossen werden. Ein Kontrahierungszwang ergibt sich hieraus nicht. Die Parteien haben ohne weiteres die Möglichkeit, die Geltung des Rahmenvertrages hinsichtlich einzelner späterer Abschlüsse auszuschließen. Wegen der sich hieraus ergebenden Unbestimmtheit kann von einer "vertraglichen Vereinbarung der Leistung" i.S.v. § 55 HOAI nicht die Rede sein, wenn die Parteien einen Architektenvertrag abschließen, der während des Bestehens eines Rahmenvertrages abgeschlossen wird. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass andernfalls auch die Möglichkeit der Umgehung der HOAI durch Rahmenverträge bestünde.

6 Vereinbarungen über die Geltung einer Fassung

Gemäß § 55 HOAI sollen für die vor dem Inkrafttreten der HOAI 2009 vertraglich vereinbarten Leistungen die bisherigen Vorschriften anwendbar bleiben. § 55 HOAI verweist hierdurch auf die alten Honorarvorschriften, entgegen ihrem Wortlaut nicht aber auf die alte Übergangsvorschrift des § 103 Abs. 2 HOAI.

Nach anderer Auffassung soll § 55 2. HS HOAI auf die Absätze 3 bis 6 des § 103 HOAI a.F. verweisen. Danach waren vertragliche Vereinbarung darüber möglich, welche Fassung der HOAI in einem konkreten Vertragsverhältnis gelten sollte. Diese Auffassung überzeugt aber nicht. § 103 Absätze 3 bis 6 HOAI a.F. regelten nur den Übergang von der 4. zur 5. Novelle. Es wird argumentiert, der Verordnungsgeber habe – das ergäbe sich aus den Materialien – nur aufgrund eines Irrtums keine den bisherigen Absätzen 3 bis 6 des § 103 HOAI a.F. entsprechende Vorschrift geschaffen. Insofern liege eine planwidrige

Regelungslücke vor, die durch analoge Anwendung von § 103 Abs. 3 bis 6 HOAI a.F. zu schließen sei.¹ Hieran ist jedenfalls die Erkenntnis richtig, dass die HOAI 2009 eine Anpassungsmöglichkeit beim Übergang von der 5. zur 6. Novelle nicht vorsieht. Es bestehen allerdings keine Hinweise darauf, dass der Ordnungsgeber eine entsprechende Rechtsfolge wollte. Im Gegenteil: aus der Begründung der Verordnung ergibt sich, dass die zuständigen Ministerien sich mit den Fragen der Übergangsregelung tatsächlich befasst haben. Selbst wenn sie ihre Entscheidungen auf der Grundlage unrichtiger Erwägungen getroffen hätten, so kann man bestimmt nicht sagen, dass überhaupt keine Regelung erfolgte und damit eine Gesetzeslücke vorliegt.

Tatsächlich sind vertragliche Übergangsregelungen nicht möglich, soweit sie zu Vergütungen außerhalb des gesetzlichen Rahmens führen. Das ergibt sich aus Zweck und Systematik der Vorschrift. Sie ist als zwingendes Recht ausgestaltet („Die Verordnung gilt nicht ...“). Diesen Charakter verlöre sie, könnte sie unter Bezugnahme auf § 103 Abs. 2 HOAI a.F. abbedungen werden. Anders gesagt: würde § 55 HOAI auch auf § 103 Abs. 2 HOAI a.F. verweisen, hätte er nicht mehr den Inhalt, den er nach dem Wortlaut haben soll. Des Weiteren ist zu beachten, dass alle bisherigen Novellierungen der HOAI eine dem § 103 Abs. 2 HOAI a.F. entsprechende Vorschrift enthielten. Dass man eine solche diesmal nicht geschaffen hat, mag ein Versehen sein. Sicher ist dies aber keinesfalls. War es Absicht, spricht dies jedenfalls klar für die hier vertretene Meinung.

Schließlich regelt § 103 Abs. 2 HOAI selbst nur die Anpassung von Verträgen, die vor dem 01.01.1977 abgeschlossen wurden. Gemäß § 103 Abs. 6 HOAI a.F. gilt die Vorschrift entsprechend für die Anpassung von Verträgen von der 4. zur 5. Novelle (gemäß § 103 Abs. 6 HOAI a.F. gilt nämlich § 103 Abs. 2 HOAI nur für die am 01.01.1996 in Kraft tretenden Änderungen der Verordnung).

Die Geltung des neuen Rechts für alte Verträge kann daher nicht vereinbart werden.

1 *Steffens*, HOAI 2009 Überleitungsvorschrift: Planwidrige Regelungslücke, IBR-Online Werkstattbeitrag vom 23.09.2009.

6.1 Individualabrede

Treffen die Parteien eine unwirksame individuelle Abrede über die Geltung der HOAI 2009 für Altverträge, so bleibt eine Honorarvereinbarung im Rahmen dieses Vertrages dennoch wirksam, wenn das Honorar innerhalb des Honorarrahmens des alten Rechts liegt. Dies ist eine Folge davon, dass innerhalb des Honorarrahmens Privatautonomie besteht.

6.2 Allgemeine Geschäftsbedingungen

Für Allgemeine Geschäftsbedingungen gilt dies nicht uneingeschränkt. In sogenannten Anpassungs- oder Ergänzungsklauseln ist häufig vorgesehen, dass im Fall der Novellierung der HOAI während der Laufzeit des Vertrages die Parteien verpflichtet sein sollen, über eine Anpassung des Vertrages an die Neuregelung zu verhandeln. Diese Klausel ergibt schon deshalb keinen Sinn, weil das Ergebnis der Verhandlungen jedenfalls nicht „bei Auftragserteilung“ (§ 7 Abs. 1 HOAI) vereinbart wäre. Nach anderen Klausелеmpfehlungen soll für die noch nicht erbrachten Leistungen innerhalb eines vor Inkrafttreten der Novelle begründeten Vertragsverhältnisses ohne weiteres die neue HOAI gelten. Diese Klausel ist unwirksam, soweit das danach zu berechnende Honorar außerhalb des Honorarrahmens der einschlägigen Tabelle liegt. Fraglich ist dann allerdings, ob bei einer Höchstsatz-überschreitung der zulässige Höchstsatz gilt, oder ob lediglich der gesetzliche Mindestsatz berechnet werden kann. Erstes setzt voraus, dass die Klausel einer Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB standhält. Denn nur dann käme eine geltungserhaltende Reduktion auf das preisrechtlich zulässige Maß in Betracht, welche bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht möglich ist. Problematisch sind von vornherein nur Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die den Vertragspartner des Verwenders benachteiligen. AGB-rechtlich wirksam sind Klauseln, durch die sich der Verwender selbst benachteiligt.

Beispiele:

(1) In AGB des Auftraggebers wird auf die neue HOAI Bezug genommen. Hierdurch gelten für spätere Leistungsphasen die um 10 % höheren Honorarsätze. Oder ein ursprünglich nicht wirksamer Umbauzuschlag in Höhe von 80 % wird für diese Leistungsphasen wirksam.

(2) Der Auftragnehmer nimmt in seinen AGB Bezug auf die HOAI 2009. Hierdurch entgegen ihm in erheblichem Umfang anrechenbare Kosten, weil die vorhandene und mitverarbeitete Bausubstanz (§ 10 Abs. 3a HOAI a.F.) nicht berücksichtigt wird.

Ob Anpassungs- und Ergänzungsklauseln einer Inhaltskontrolle standhalten, ist schon auf der Grundlage des alten Rechts diskutiert worden. Da dieses die Anpassung von Verträgen aber ausdrücklich erlaubte (§ 103 Abs. 2 HOAI a.F.) war das gesetzliche Leitbild völlig verschieden. Denn heute ist die Anpassung eben nicht mehr vorgesehen. Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung sollen beide Formen der genannten Klauseln AGB-rechtlich unbedenklich sein. Dem ist zu widersprechen. Schon das alte Recht erlaubte die Anpassung bloß, gab sie den Parteien aber nicht vor. Durch die behandelten Regelungen wird also erheblich von den Grundgedanken der gesetzlichen Regelung des § 55 HOAI abgewichen. Diese Abweichung ist auch unangemessen, denn es wird eine Anpassung des Vertrages weit unter der Schwelle der schwerwiegenden Änderung der Verhältnisse (§ 313 Abs. 1 BGB) vorgesehen.

6.3 Ältere Anpassungsklauseln

Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung soll sich das Honorar aus vor dem 18.08.2009 geschlossenen Verträgen nach dem neuen Recht richten, wenn die Parteien vorher eine entsprechende Anpassungsklausel vereinbart haben. Hierfür spricht: wenn die Vereinbarung der Leistung i.S.v. § 55 1. HS HOAI nach altem Recht unter dieser Vorgabe zulässig war, muss diese eben auch unter die Vorschrift subsumiert werden. Die Erlaubnis der Vereinbarung von Anpassungsklauseln unterliegt dann auch den bisherigen Vorschriften i.S.v. § 55 2. HS HOAI.

7 Besondere Leistungen

Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung kann für Besondere Leistungen (§ 3 Abs. 3 HOAI), die ab dem 18.08.2009 beauftragt werden, gemäß § 55 HOAI ein Honorar frei vereinbart werden, und zwar auch dann, wenn der Vertrag älter ist. Dieses solle im Hinblick auf § 5 Abs. 4 HOAI a.F. vorsorglich schriftlich vereinbart werden. Ob das richtig ist, hängt davon ab, ob diese Besonderen Leistungen beim Inkrafttreten der neuen HOAI im Sinne des Gesetzes schon „vertraglich vereinbart“ waren. Hierbei darf nicht übersehen

werden, dass nach der Rechtsprechung des BGH die preisrechtlich als Besondere Leistung zu qualifizierenden Leistungen werkvertraglich auch dann geschuldet sind, wenn hierüber keine besondere Absprache getroffen wurde. § 55 HOAI stellt nach seinem Wortlaut auf das Vertragsrecht und nicht auf das Preisrecht ab. Demnach sind die Besonderen Leistungen im Sinne des Gesetzes vertraglich vereinbart, wenn sie schon beim Abschluss des ursprünglichen Vertrages notwendig waren. Entgegen der genannten Ansicht gilt hierfür also das alte Recht.

8 Änderungsleistungen

Vereinbaren die Parteien ab dem 18.08.2009, dass eine bereits erstellte Planung geändert werden soll, so waren die hierfür erforderlichen Leistungen im Zeitpunkt des Inkrafttretens der neuen HOAI nicht i.S.v. § 55 HOAI vertraglich vereinbart. Für diese gilt deshalb die HOAI 2009.

9 Prüfung vom Amts wegen

Die Einhaltung des zwingenden Rechts ist vom Gericht von Amts wegen zu prüfen. Das ergibt sich aus dem zwingenden Charakter des öffentlichen Rechts. Ob unzulässige Anpassungsklauseln vereinbart wurden, ist von den Gerichten deshalb nicht erst dann zu prüfen, wenn eine Partei die Unzulässigkeit gerügt hat.

10 Außerkrafttreten

Auf eine Regelung des Außerkrafttretens der HOAI 2009 hat der Verordnungsgeber bewusst verzichtet. Sie gilt also zunächst unbegrenzt bis zum Zeitpunkt einer Neuregelung. Beabsichtigt ist eine „Erprobung“, wobei hierfür ein Zeitraum von fünf Jahren vorgesehen ist.