

Ansprüche des Planers auf Anpassung seiner Vergütung nach der HOAI 2009

Rechtsanwalt Dr. Helmut Miernik, Düsseldorf

1 Einleitung

Wer als Jurist seine Grenzen erfahren möchte, musste bisher weder Marathon laufen, noch auf Berge kraxeln oder in die Tiefsee tauchen. Es genügte, sich eines Sachverhalts anzunehmen, der die beanspruchte Erhöhung des Honorars eines Architekten oder Fachplaners¹ zum Gegenstand hatte. Die bisherige HOAI machte die Bearbeitung derartiger Fälle zum echten Abenteuer mit ungewissem Ausgang. Bei unklaren und juristisch kaum greifbaren Tatbestandsvoraussetzungen und wenig praktikablen Rechtsfolgen waren sog. „Planungsnachträge“ schwer justiziabel². Ob sich dieser Befund mit der neuen HOAI 2009 ändert, soll nachfolgend untersucht werden.

2 Vorschriften der HOAI 2009 zur Änderung der Planung und Anpassung des Honorars

Die HOAI 2009 enthält folgende Regelungen zur Vergütung von Planungsänderungen:

Es heißt in § 3 Abs. 2 HOAI:

„Leistungen, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung eines Auftrags im Allgemeinen erforderlich sind, sind in Leistungsbildern erfasst. Andere Leistungen, die durch eine Änderung des Leistungsziels, des Leistungsumfangs, einer Änderung des Leistungsablaufs oder anderer Anordnungen des Auftraggebers erforderlich werden, sind von

¹ Unter Fachplaner sollten auch die Fachingenieure verstanden werden, die neuerdings „Beratungsleistungen“ im Sinne der Anlage 1 zur HOAI 2009 ausführen, also die bisher in die HOAI integrierten Leistungsbilder X (Thermische Bauphysik), XI (Schallschutz und Raumakustik, XII (Bodenmechanik, Erd- und Grundbau), XIII (Vermessungstechnische Leistungen) ausführen.

² *Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath*, HOAI, 8. Aufl., § 20 Rn. 5 weisen auf die kontroversen Diskussionen und die geringe Anzahl von Gerichtsentscheidungen hin.

den Leistungsbildern nicht erfasst und gesondert frei zu vereinbaren und zu vergüten.³“

§ 3 Abs. 3 HOAI bestimmt:

„Besondere Leistungen sind in der Anlage 2 aufgeführt, die Aufzählung ist nicht abschließend. Die Honorare für Besondere Leistungen können frei vereinbart werden.“

§ 7 Abs. 5 HOAI regelt:

„Ändert sich der beauftragte Leistungsumfang auf Veranlassung des Auftraggebers während der Laufzeit des Vertrages mit der Folge von Änderungen der anrechenbaren Kosten, Werten oder Verrechnungseinheiten, ist die dem Honorar zugrundeliegende Vereinbarung durch schriftliche Vereinbarung anzupassen“.

Weiter ist **§ 10 HOAI 2009**, zu nennen, der hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzungen unverändert dem bisherigen **§ 20 HOAI** entspricht, die Berechnung des Honorars aber abweichend regelt. Danach sind bei mehreren Vorentwurfs- oder Entwurfsplanungen für dasselbe Objekt nach grundsätzlich verschiedenen Anforderungen die vollen Prozentsätze dieser Leistungsphasen nach **§ 3 Abs. 4** vertraglich zu vereinbaren. Bei der Berechnung des Honorars für jede weitere Vor- oder Entwurfsplanung sind die anteiligen Prozentsätze der entsprechenden Leistungen vertraglich zu vereinbaren.

Anlage 2, dort 2.6.2, führt als Besondere Leistung des Objektplaners das Untersuchen von Lösungsmöglichkeiten nach grundsätzlich verschiedenen Anforderungen auf⁴.

Schließlich seien die Ziff. 2.6.4 und Ziff. 2.10.4. in Anlage 2 erwähnt. Danach sind für die Leistungsbilder Objektplanung und Tragwerksplanung Änderungen der Planung, die aus vom Auftragnehmer nicht zu vertretenden Gründen erforderlich werden, in den Katalog der Besonderen Leistungen aufgenommen⁵.

³ Der im Bundesgesetzblatt veröffentlichte Originaltext lautet wie der zugrunde liegende Referentenentwurf tatsächlich so, der Genitiv wurde hier im Verlauf des Satzes offensichtlich dem Dativ sein Feind.

⁴ Bisher **§ 15, Abs. 2, Ziff. 2 HOAI**

⁵ Bisher **§§ 15 Abs. 2 Ziff. 4; 64 Abs. 3, Ziff. 5, 3. Besondere Leistung.**

Die bisherigen Vorschriften des § 4a Satz 2 und 3 HOAI, die bei Mehrleistungen einen Anspruch auf Zusatzvergütung, bei Bauzeitverlängerung die Möglichkeit einer entsprechenden Vereinbarung vorsahen, sind gestrichen⁶

3 HOAI und materielles Recht

Die erste Lektüre der zitierten Vorschriften, insbesondere des § 3 Abs. 2 HOAI 2009, mag beim juristisch nicht versierten Leser den Eindruck vermitteln, dort würden unmittelbar Pflichten und Ansprüche der Vertragsparteien begründet. Der Eindruck täuscht jedoch. Die HOAI 2009 ist ebenso wie die bisher geltende HOAI eine Gebührenvorschrift, die als Rechtsverordnung der Bundesregierung, des Bundesministeriums für Wirtschaft, auf Grundlage des Art. 10 § 2 MRVG erlassen ist. Art. 10 § 2 Abs. 1 MRVG ermächtigt die Bundesregierung nur, durch Rechtsverordnung eine Honorarordnung zu erlassen. Die inhaltlichen Anforderungen an die Rechtsverordnungen sind in Art. 10 § 2 Abs. 2 und 3 MRVG – wie in Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG verlangt – näher beschrieben. Eine Ermächtigung, das materielle bürgerliche Recht zu regeln, enthält das MRVG nicht. Auch die neue HOAI vermag daher trotz ihres teils markigen Wortlauts außerhalb des Werkvertragsrechts des BGB keine materiellen Rechte der Parteien zu schaffen, sondern setzt einen vertraglichen oder gesetzlichen Anspruch voraus⁷.

In diesem Sinne sind auch die §§ 3 Abs. 2 Satz 2, 3 Abs. 3 und 7 Abs. 5 HOAI 2009 zu interpretieren. Sie stellen nur deklaratorische Programmsätze des Inhalts dar, dass Leistungen, die vertraglich nicht geschuldet sind, ebenso wie deren Vergütung zwischen den Parteien neu zu vereinbaren sind. Dies ergibt sich aber bereits aus § 311 Abs. 1 BGB.

Im Einzelnen:

3.1 Anordnungsrecht des Auftraggebers?

In § 3 Abs. 2 Satz 2 HOAI 2009 ist von Anordnungen des Auftraggebers die Rede. Hieraus lässt sich aber nicht schließen, die Vorschrift begründe nunmehr ein Anord-

⁶ Die dort genannten Anpassungsmöglichkeiten setzten ohnehin eine Vereinbarung nach § 4a Satz 1 HOAI voraus, sh. *Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath*, § 4 a Rn. 9 und 11.

⁷ *Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath*, § 1 Rn. 6, und beispielsweise zur Diskussion über die materiellrechtliche Regelung zur Fälligkeit § 8 Rn. 4.

nungsrecht des Auftraggebers⁸ - also die Möglichkeit des Auftraggebers, auf den Vertragsinhalt einseitig einzuwirken. In den §§ 631 ff. BGB ist eine derartige Befugnis des Bestellers nicht begründet⁹. Der HOAI-Verordnungsgeber hat keine Kompetenz, die Rechte des Bestellers zu erweitern. Daraus folgt, dass die zitierten Vorschriften der HOAI nach wie vor lediglich die Rechtsfolgen einer gewünschten Änderung regeln. Das Recht zur einseitigen Anordnung des Auftraggebers muss sich wie bisher aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag ergeben¹⁰ und sollte dort im Interesse der Auftraggebers und eines geordneten Bau- und Planungsablaufs auch begründet werden¹¹. Andernfalls müssen änderungsbedingte Leistungen einvernehmlich vereinbart werden, wie sich aus § 3 Abs. 3 Satz 2 HOAI 2009 eindeutig ergibt.

3.2 Anspruch der Parteien auf Abschluss einer Vereinbarung?

Die in den §§ 3 Abs. 2 und 7 Abs. 5 HOAI 2009 vorgesehenen Vereinbarungen stellen Änderungsverträge dar¹². Aus dem oben genannten Grund schafft aber die HOAI keinen rechtlichen Kontrahierungszwang, so dass die Parteien nicht aus den §§ 3 Abs. 2 und 7 Abs. 5 HOAI 2009 auf Abgabe einer Willenserklärung zum Abschluss einer Honorarvereinbarung klagen könnten¹³. Soweit der Auftragnehmer nicht durch eine vertragliche Regelung verpflichtet ist, die geänderten oder zusätzlichen Leistungen auf einseitige Anforderung des Auftraggebers auszuführen, ist dies unproblematisch: verweigert der Auftraggeber eine Vereinbarung, ist der Auftragnehmer auch

⁸ Hier ist ausdrücklich von „anderen Anordnungen“ die Rede, der bisherige § 4a Satz 2 HOAI sprach zurückhaltender von Mehrleistungen „auf Veranlassung“ des Auftraggebers.

⁹ Vgl. *Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath*, § 20 Rn. 4 m.w. N.; a.A. *Locher/Koebler/Frik*, Kommentar zur HOAI, 10. Aufl., § 3 Rn. 16 „im Rahmen des gleichen Objekts“, sh. auch ebenda § 10 Rn. 19 ff.. Deshalb bedarf es beim Bauvertrag auch der Vereinbarung des § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B, um ein Anordnungsrecht des Auftraggebers zu statuieren.

¹⁰ So schon zum bisherigen § 4a Satz 2 HOAI *Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath*, § 4a Rn. 9.

¹¹ Ob der Planer unter bestimmten Voraussetzungen aus dem bauvertraglichen Kooperationsgebot unter Berücksichtigung von Treu und Glauben verpflichtet sein kann, Planungsänderungen durchzuführen, bedürfte einer eigenen Untersuchung, für Zurückhaltung plädiert *Koebler*, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., 12. Teil, Rn. 342.

¹² *Palandt/Grüneberg*, BGB, 67. Aufl., § 311 Rn. 3; anders, wenn der Planervertrag dem Auftraggeber ein einräumt, dann handelt es sich um ein Leistungsbestimmungsrecht im Sinne des § 315 BGB.

¹³ A.A. *Locher/Koebler/Frik*, Kommentar zur HOAI, 10. Aufl., § 7 Rn. 167.

nicht zu Änderungsleistungen im Sinne der §§ 3 Abs. 2 und 7 Abs. 5 HOAI 2009 verpflichtet. Schwierig wird es für den Planer dagegen, wenn der Vertrag ein einseitiges Anordnungsrecht des Auftraggebers ausdrücklich vorsieht, eine Regelung zur Preis-anpassung aber nicht enthält¹⁴. Der Auftragnehmer wäre dann schon aufgrund des ursprünglichen Vertrages verpflichtet, die Änderung auszuführen, ohne dass ihm in BGB oder HOAI eine korrespondierende Anspruchsgrundlage zur Seite steht. Hält man dieses Ergebnis für unbillig, kommen nur zwei Möglichkeiten in Betracht: entweder hält man das vertraglich vereinbarte Leistungsbestimmungsrecht nach § 307 BGB¹⁵ für unwirksam, soweit es sich um allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, oder man legt den Vertrag ergänzend dahingehend aus, dass in Fällen angeordneter Änderungen eine Vergütungsregelung zu treffen ist.

3.3 Anspruch des Auftragnehmers auf Honorar?

a) Nach § 3 Abs. 2 Satz 2 HOAI 2009 sind durch Änderungen oder Anordnungen veranlasste Leistungen „zu vereinbaren und zu vergüten“. Die Formulierung „sind zu vergüten“ könnte zu dem Schluss verleiten, hier werde unmittelbar ein Mehrvergütungsanspruch begründet. Angesichts der fehlenden Regelungskompetenz des Verordnungsgebers kann auch diese Formulierung aber trotz ihres Wortlauts nur als deklaratorische Erklärung gedeutet werden, dass die zu treffende rechtsgeschäftliche Vereinbarung zwischen den Parteien die Rechtsgrundlage für einen Vergütungsanspruch schafft¹⁶. Die Parteien müssen sich also über Inhalt und Umfang der durch den Planer infolge der Änderung zu erbringenden Leistungen und das hierfür zu zahlende Honorar verständigen.

b) Mit anderem Wortlaut, im Ergebnis aber entsprechend regelt § 7 Abs. 5 HOAI 2009 das Verfahren der Anpassung des Honorars. Danach ist die dem Honorar

¹⁴ Dies ist in der Kautelarpraxis bei auftraggeberseitig gestellten Verträgen mittlerweile üblich. Ob ein Anordnungsrecht ohne korrespondierende Vergütungsanpassung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam ist, dürfte bezweifelt werden.

¹⁵ § 308 Nr. 4 BGB ist nicht einschlägig. Denn er bezieht sich auf Fälle, in denen sich der Verwender vorbehält, seine eigene Leistung zu ändern, nicht aber auf Klauseln, die ein Recht zur Bestimmung der Gegenleistung einräumen, vgl. Kieninger, Münchener Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 2007, § 308 Rn. 6.

¹⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 30.09.2004 - VII ZR 456/01, BauR 2005, 118; *Korbion/Mantscheff/Vygen*, HOAI, 7. Aufl., § 4a, Rdnr. 9; Locher/Koebler/Frik, Kommentar zur HOAI, 10. Aufl., § 3 Rn. 13.

zugrundeliegende Vereinbarung durch schriftliche Vereinbarung anzupassen. Auch hier ist Anspruchsgrundlage für einen Geldzahlungsanspruch die zu treffende Änderungsvereinbarung.

Zusammengefasst: die §§ 3 Abs. 2 Satz 2 und 7 Abs. 5 HOAI 2009 schaffen keinen Anspruchsgrund, sondern sprechen nur negativ die Selbstverständlichkeit aus, dass es ohne dahingehende Vereinbarung kein Honorar gibt.

3.4 Zwischenbilanz:

Sind die zitierten Vorschriften ungeeignet, Rechte und Pflichten der Vertragspartner zu begründen, stellt sich die Frage, ob sie für die Beurteilung von Mehrvergütungsansprüchen überhaupt etwas hergeben. Dies wird man nur dann bejahen können, wenn man ihnen die Aufgabe zuweist, den Leistungsinhalt zu umgrenzen, der mit der ursprünglich vereinbarten Vergütung abgegolten ist und inhaltliche Kriterien zu benennen, wenn dieser Bereich verlassen wird.

4 Die Voraussetzungen einer Änderung der Vergütung nach der HOAI 2009

4.1 Leistungsinhalt des Planervertrages

Wann eine Änderung der Leistung, des Leistungsumfangs und der Leistungsablaufs vorliegt, ist nur zu beurteilen, wenn der ursprünglich vereinbarte Leistungsinhalt definiert wird. Hierzu trifft § 3 Abs. 2 Satz 1 HOAI folgende Aussage: „Leistungen, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung eines Auftrages im Allgemeinen erforderlich sind, sind in Leistungsbildern erfasst“.

Die einschlägigen Normen der HOAI 2009 enthalten nach wie vor keinen einheitlichen Tatbestand für eine Anpassung des Honorars¹⁷.

Im Einzelnen:

§ 3 Abs. 2 Satz 2 HOAI 2009 unterscheidet nunmehr vier Fallgruppen:

Die Änderung

- des Leistungsziels,

¹⁷ Kritisch schon zum bisherigen Recht *Pott/Dahlhoff/Kniffka./Rath*, § 20 Rn. 5.

- des Leistungsumfangs,
- des Leistungsablaufs und
- die Änderung aufgrund anderer Anordnungen des Auftraggebers.

Stets muss es sich um andere Leistungen handeln, als zur ordnungsgemäßen Erfüllung eines Auftrags im Allgemeinen erforderlich ist, wie sich aus der Anknüpfung des § 3 Abs. 2 Satz 2 HOAI an den vorangehenden Satz 1 ergibt.

§ 3 Abs. 3 HOAI 2009 sieht bei Besonderen Leistungen eine Anpassung des Honorars vor, ohne die Voraussetzungen näher zu definieren.

§ 7 Abs. 5 HOAI 2009 führt eine Änderung des Leistungsumfangs mit der Folge von Änderungen der anrechenbaren Kosten an.

Die zentrale Regelung für Änderungen stellt § 3 Abs. 2 Satz 2 HOAI 2009 dar. Der Verordnungsgeber hat hier erkennbar alle im Zusammenhang mit geänderten Leistungen und deren Modalitäten denkbaren Sachverhalte regeln wollen.

4.2 Änderung des Leistungsziels

Ziel des Planungsprozesses ist der fertige Entwurf. Diese Erkenntnis dürfte aber für die Auslegung des Leistungsziels im Sinne des § 3 Abs. 2 unbrauchbar sein, denn er enthält keine inhaltlichen Kriterien für die Planung, deren Änderung festgestellt werden könnte. Am Ende auch der geänderten Planung steht der fertige Entwurf.

„Leistungsziel“ muss also als inhaltliche Vorgabe an das zu planende Bauwerk verstanden werden. Der Begriff des „Ziels“ findet sich mehrfach in den jeweiligen Grundleistungskatalogen der Leistungsbilder, dort der Leistungsphase 2 (Vorplanung). Dort ist von „Zielvorstellungen“, „Zielkonflikten“ und „Programmzielen“ die Rede¹⁸. Diese Ziele werden in einem früheren Stadium der Planung definiert, stellen also vergleichsweise abstrakte Vorgaben dar, wie Situierung und Dimensionierung des Bauwerks oder das Nutzungskonzept. Damit sind Planungsänderungen innerhalb der durch die Leistungsziele gesteckten Grenzen als Klärung, Weiterentwicklung und Optimierung nicht vergütungspflichtig. Dies dürfte umso mehr gelten, als § 3 Abs. 2 Satz 1 HOAI 2009 nunmehr alle Leistungen, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung ei-

¹⁸ Vgl. z.B. Anlage 11 zu den §§ 33 und 38 Abs. 2, Grundleistungen b und c der Leistungsphase 2.

nes Auftrags im Allgemeinen erforderlich sind, als grundsätzlich geschuldet erklärt¹⁹. Hier hat sich die Position des Planers möglicherweise gegenüber der früheren Rechtslage verschlechtert. Denn nach § 2 Abs. 2 HOAI a.F. umfassten nur die Grundleistungen die Leistungen, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung des Auftrages im Allgemeinen erforderlich waren. Der Rahmen war also unter der HOAI alter Fassung enger gesteckt. Wie bisher wird man aber auch künftig darüber streiten können und müssen, ob eine Planänderung eine Optimierung oder eine neue geistige Leistung des Planers bezogen auf ein neu definiertes Leistungsziel oder nach grundsätzlich verschiedenen Anforderungen darstellt²⁰. Die Neufassung der HOAI hat hier keine Hilfe gebracht.

4.3 Änderung des Leistungsumfangs

Zunächst ist die Frage aufgeworfen, ob der Begriff des „Leistungsumfangs“ auf das Produkt der Planung oder den Aufwand der Herstellung zu beziehen ist. Anders gefragt: Soll ein Mehrvergütungsanspruch nach dieser Variante begründet sein, wenn sich das Volumen des zu planenden Gebäudes verändert, oder wenn der Planer anders als vorgesehen mehr Zeit oder Personal für die im Übrigen unveränderte Planungsaufgabe benötigt?

Für die erste Deutung könnte die Formulierung des § 7 Abs. 5 HOAI 2009 angeführt werden. Denn dort ist vom „beauftragten Leistungsumfang ... mit der Folge von Änderungen der anrechenbaren Kosten, Werte oder Verrechnungseinheiten“ die Rede. Anrechenbare Kosten können sich aber nur infolge kostenrelevanter Änderungen des Bauwerks ändern. Folglich wäre der Begriff „Leistungsumfang“ im § 7 Abs. 5 gleichbedeutend mit „Volumen des Bauvorhabens“. Soll der Begriff „Leistungsumfang“ innerhalb der HOAI einheitlich zu verstehen sein, müsste auch in § 3 Abs. 2 Satz 3 das Wort „Leistungsumfang“ bauwerksbezogen zu interpretieren sein.

¹⁹ Nach der Begriffsbestimmung des § 2 Abs. 2 HOAI umfassten Grundleistungen die zur ordnungsgemäßen Erfüllung eines Auftrages im Allgemeinen erforderlichen Leistungen. Für die ordnungsgemäße Erfüllung notwendige Besondere Leistungen konnten dann gegebenenfalls zusätzlich abgerechnet werden, sh. BGH BauR 1997, 154.

²⁰ Dieses Kriterium stammt vom OLG Köln, Urt. v. 24.05.1993 - 7 U 154/91, BauR 1995, 576 mit kritischer Besprechung bei Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath, § 20 Rn. 12; vgl. auch Korbion/Mantscheff/Vygen, § 20 Rn. 7a und 13

Für eine solche Auslegung spräche ein weiterer Gesichtspunkt. Das Planungshonorar war bisher grundsätzlich ein Pauschalhonorar, das nur bei einer Änderung der anrechenbaren Kosten angepasst werden musste. Auf den individuellen Aufwand des jeweiligen Planers für die Herstellung seines Plans kam es nicht an. Ob also mit einer Zeichnung zwei oder zehn Architekten zwei oder zehn Stunden beschäftigt waren, war für die Bemessung des Honorars unerheblich. Würde der Begriff „Leistungsumfang“ in § 3 Abs. 2 Satz 3 HOAI nunmehr aufwandsbezogen definiert, und wäre folglich erhöhter Aufwand des Planers im Planungsprozess zusätzlich zu vergüten, bedeutete dies einen Systemwechsel, für den sich jedenfalls aus der Begründung zur HOAI 2009 und der Verordnung selbst keine Anhaltspunkte ergeben. Im Gegenteil, die Grundlagen der Honorarberechnungen, nämlich die fortbestehende grundsätzliche Orientierung an den Baukosten, die Mindest- und Höchstsätze und die Honorarzonen bleiben erhalten. Gerade die Klassifizierung der Planungsaufgabe je nach abstraktem Schwierigkeitsgrad im System der Honorarzonen des § 5 HOAI und die daran orientierte Honorierung belegen, dass der konkrete Aufwand des jeweiligen Planers für die Honorarberechnung ohne Bedeutung ist²¹.

Andererseits ist nicht zu verkennen, dass „Leistung“ des Planers auch nach dem Sprachgebrauch der HOAI eben nicht das Produkt der Planung, sondern die auf dieses Ergebnis gerichtete Tätigkeit des Planers ist. Anders wären die Begriffe des „Leistungsziels“, des „Leistungsbildes“, der „Leistungsphase“ und des „Leistungsablaufs“ nicht verständlich²². „Änderungen des Leistungsumfangs“ könnten bei diesem Verständnis nur als ein „Mehr“ oder „Weniger“ an zeitlichem, personellem und sachlichen Aufwand für die Herstellung des Bauentwurfs oder der Bauüberwachung – also der „Leistung“ des Auftragnehmers - verstanden werden. Damit stellt sich die Frage, welche Fallkonstellationen gemeint sein können. Bleibt man bei der Sichtweise, dass das Honorar sich unabhängig vom konkreten und betriebswirtschaftlich errechneten Aufwand berechnet, erscheinen in dieser Fallgruppe allenfalls zwei Sachverhalte denkbar: zum einen die Beauftragung mit weiteren Grundleistungen, wenn zunächst nach § 8 HOAI 2009 nicht alle Leistungsphasen eines Leistungsbildes oder alle Leistungen einer Leistungsphase übertragen werden und der Auftraggeber vom Planer

²¹ Vgl. auch den Wortlaut des bisherigen § 4 Abs. 3 Satz 2 HOAI a.F.

²² Zur Mehrdeutigkeit des Begriffs „Leistung“ in der bisherigen HOAI vgl. *Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath*, § 2 Rn. 1.

anschließend weitere Grundleistungen Leistungen oder Leistungsphasen wünscht. Die nachträgliche Beauftragung mit Besonderen Leistungen ist demgegenüber in § 3 Abs. 3 geregelt (sh. hierzu sogleich 5). Zum anderen ein vom Auftraggeber geforderter – aber nicht ohnehin notwendiger - erhöhter Personaleinsatz bei intensiverer Bauüberwachung oder ein verlängerter Bauüberwachungszeitraum in der Leistungsphase 8. Im letzten Fall dürfte es im Streitfall zur Begründung von Mehrvergütungsansprüchen im Regelfall an einem Maßstab dafür fehlen, ob Arbeits- und Geräteeinsatz tatsächlich aufwendiger sind als ursprünglich vorgesehen. Der Planer wird zur Begründung etwaiger Mehrforderungen eine detaillierte Kalkulation des Auftrages vorlegen müssen²³.

Fazit: Der „geänderte Leistungsumfang“ im Sinne des § 3 Abs. 2 Satz 3 HOAI 2009 ist nur dann anzunehmen, wenn bisher nicht beauftragte Grundleistungen oder Leistungsbilder hinzutreten oder die Parteien vertraglich eine aufwandsbezogene Vergütung, etwa für die Bauüberwachung, vereinbart haben und sich dieser Aufwand erhöht.

Darüber hinaus stellt sich die weitere Frage, ob diese Fallvariante als Auffangtatbestand fungieren kann, wenn Planungsänderungen mangels Änderung des Leistungsziels nicht nach der ersten Variante zu behandeln sind, unstrittig aber einen erhöhten Zeit- und Personalaufwand verursacht haben. Planfortschreibungen bei Großbauvorhaben bis zum Index h (also 8 Planungsschritte) sind keine Seltenheit, ebenso wenig wie daraufhin erhobene „Nachtragsforderungen“ der Planungsbüros. Wortlaut und Aufbau des § 3 Abs. 2 Satz 2 HOAI 2009 rechtfertigen m.E. die Annahme, dass inhaltliche Änderungen der Planung ausschließlich als Änderungen des Leistungsziels unter den oben genannten Voraussetzungen zu vergüten sind.

4.4 Änderung des Leistungsablaufs

Mit „Änderungen des Leistungsablaufs“ dürften wohl zeitliche und organisatorische Änderungen innerhalb des Planungs- und Überwachungsprozesses bei gleichbleibendem Gesamtaufwand gemeint sein, beispielsweise das Vorziehen einzelner Ar-

²³ Vgl. BGH NJW 2007, 3712, Voraussetzung ist allerdings, dass die Parteien zuvor eine Bauzeit vereinbart haben.

beitsschritte, die Verschiebung von Planungsbesprechungen. Diese Fallgruppe dürfte kaum praktische Bedeutung erlangen. Denn einerseits müsste der Auftragnehmer eine projektbezogene Arbeitsorganisation zum Vertragsinhalt gemacht haben und andererseits der Auftraggeber demgegenüber Änderungen in der Disposition des Auftraggebers veranlassen.

4.5 Andere Anordnungen des Auftraggebers

Das Verhältnis dieser Fallgruppe zu den zuvor geschilderten wird durch die Rechtsprechung zu klären sein. Auf den ersten Blick scheinen andere Änderungsgründe als die unter 1-3 Genannten kaum denkbar²⁴. Offenbar hat der Verordnungsgeber hier einen Auffangtatbestand schaffen wollen.

4.6 Zusätzliche Besondere Leistungen

§ 3 Abs. 3 HOAI 2009 sieht die Möglichkeit vor, die Honorare für Besondere Leistungen frei zu vereinbaren. Weitere Voraussetzungen für eine Vergütungspflicht Besonderer Leistungen sind nicht genannt. Zur Erinnerung: § 5 Abs. 4 HOAI a.F. erlaubte für Leistungen, die zu den Grundleistungen hinzutraten, nur dann die Berechnung eines Zusatzhonorars, wenn diese Leistungen im Verhältnis zu den Grundleistungen einen nicht unwesentlichen Arbeits- und Zeitaufwand verursachten und das Honorar schriftlich vereinbart worden war. Die amtliche Begründung zur HOAI 2009 führt unter Hinweis auf die Entscheidung des BGH VII ZR 283/95²⁵ aus, der gestrichene § 5 Abs. 4 HOAI a.F. habe keinen materiell-rechtlichen Regelungscharakter, weil der Planer Besondere Leistungen ausführen müsse, aber ohne schriftliche Vereinbarung hierfür kein Honorar erhalte²⁶. Eine solche Begründung überrascht. Der BGH hatte sich in der genannten Entscheidung nicht unmittelbar mit Honoraransprüchen zu befassen, sondern mit Mängelansprüchen wegen fehlerhafter Planung. Der Architekt hatte sich darauf berufen, eine mangelfreie Planung sei nur mit Besonderen Leistungen, herzustellen gewesen, die aber nicht beauftragt waren. Dem hat der BGH mit

²⁴ Vgl. die Fallbeispiele bei *Locher/Koebler/Frik*, Kommentar zur HOAI, 10. Aufl., § 3 Rn. 15, die m.E. unzutreffend das rechtsgeschäftlich in § 1 Abs. 3 und 4 VOB/B begründete Anordnungsrecht auf den Planervertrag übertragen.

²⁵ BGH, Urt. v. 24.10.1996 - VII ZR 283/95, BauR 1997, 154BauR 1997, 154.

²⁶ BR-Drucks. 395/09.

Recht eine Absage erteilt und ausgeführt, der Inhalt des Werkvertrages bestimme sich nicht nach dem Preisrecht der HOAI. Daraus ist aber nicht der Schluss zu ziehen, § 5 Abs. 4 HOAI a.F. habe keine Bedeutung für die Bemessung der Honorarhöhe. Der materiell-rechtliche Regelungscharakter des § 5 Abs. 4 HOAI alter Fassung lag darin, dass der Architekt die Vergütung für Besondere Leistungen hätte beanspruchen können, wenn die in § 5 Abs. 4 HOAI genannten Voraussetzungen erfüllt gewesen wären, wie sich aus dem dritten Leitsatz der Entscheidung ergibt. Diese anspruchsbegründenden Voraussetzungen hat der Ordnungsgeber nun mit einer irrigen Begründung aufgegeben. Danach können wohl künftig auch Bagatelleleistungen als Besondere Leistungen abgerechnet werden, wenn der Auftraggeber hiergegen nicht bereits bei der Vertragsgestaltung Vorsorge trifft²⁷. Anders als bisher ist die Vergütung der Besonderen Leistungen auch nicht mehr an die Schriftform der Honorarvereinbarung geknüpft.

4.7 Änderungen des Leistungsumfangs mit der Folge von Änderungen der anrechenbaren Kosten

Fraglich ist zunächst das Verhältnis des § 7 Abs. 5 HOAI 2009 zu § 3 Abs. 2 Satz 2 HOAI 2009²⁸. Zunächst fällt auf, dass § 7 Abs. 5 von den denkbaren und in § 3 Abs. 2 Satz 2 aufgeführten Tatbestandsvarianten nur die Änderung des Leistungsumfangs benennt. Änderungen des Leistungsziels, des Ablaufs und infolge anderer Anordnungen sind demnach nur nach § 3 Abs. 2 Satz 2 HOAI 2009 zu beurteilen. Andererseits sind Änderungen des Leistungsumfangs ohne Rücksicht auf deren Auswirkungen auf die anrechenbaren Kosten bereits in § 3 Abs. 2 Satz 2 geregelt. Dessen Anwendungsbereich erscheint also weiter als der des § 7 Abs. 5 HOAI²⁹. M.E. regelt § 7 Abs. 5 HOAI 2009 trotz des missglückten Wortlauts eine Änderung des Umfangs

²⁷ Vgl. zum Bestreben des Ordnungsgebers der früheren HOAI, das zu vermeiden *Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath*, § 5 Rdnr. 27.

²⁸ *Voigt de Oliveira*, HOAI 2009 - Ein erster Überblick, *BauR* 2009, 1361 stellt unter der Überschrift „6.1. Vergütungsanpassung“ verkürzend nur § 7 Abs. 5 HOAI als Anspruchsnorm für ein erhöhtes Honorar dar; ebenso *Orlowski*, *ZfBR* 2009, 723, 727.

²⁹ *Averhaus*, Die neue HOAI 2009, *NZBau* 2009, 473 weist auf S. 478 unter Ziff. XI zutreffend darauf hin, das Verhältnis von § 3 Abs. 2 und § 7 Abs. 5 werde die Rechtsprechung klären müssen.

des Bauvorhabens, also nicht der Leistung des Planers³⁰. Anders sind die Existenz dieser Vorschrift neben § 3 Abs. 2 Satz 2 HOAI 2009 und der Hinweis auf die Erhöhung der anrechenbaren Kosten als anspruchsbegründenden Voraussetzung nicht zu erklären³¹.

Angesichts des zwingenden Charakters der HOAI 2009 jedenfalls für die in den Teilen 2-4 enthaltenen Leistungsbildern ist allerdings bemerkenswert, dass eine Honoraranpassung bei Erhöhung der anrechenbaren Kosten nicht automatisch erfolgt, sondern sich die Parteien hierauf verständigen müssen. Die Berechnung wird den Vorgaben der HOAI folgen müssen, solange die Parteien sich unterhalb der Tabellenwerte bewegen³².

5 Änderung Besondere Leistung oder wiederholte Grundleistung?

Dass Planungsänderungen als wiederholte Grundleistungen zu qualifizieren sind, kann für die bisherige HOAI als gesicherte Meinung gelten³³. Der Verordnungsgeber hat dies entweder nicht zur Kenntnis genommen oder bewusst entschieden, einzelne Planungsänderungen weiterhin als Besondere Leistungen zu qualifizieren. Denn die HOAI 2009 führt in Anlage 2 (Besondere Leistungen) vereinzelt Planungsänderungen als Besondere Leistungen auf. In Ziff. 2.6.4 wird für die Objektplanung das Ändern der Genehmigungsunterlagen infolge von Umständen, die der Auftragnehmer nicht zu vertreten hat genannt. In Ziff. 2.10.4. wurde für die Tragwerksplanung die bisherige Regelung des § 64 Abs. 3 Ziff. 5 HOAI übernommen. Danach sind wesentliche Leistungen, infolge Änderungen der Planung, die vom Auftragnehmer nicht zu vertreten sind, als Besondere Leistung zu qualifizieren.

Der inzwischen wohl ausgetragene dogmatische Streit über die Einordnung von Planungsleistungen als wiederholte Grund- oder Besondere Leistungen hat zwar seine

³⁰ Nach *Locher/Koebler/Frik*, Kommentar zur HOAI, 10. Aufl., § 7 Rn. 166 soll entgegen dem Wortlaut des Verordnungstextes ohne nähere Begründung erst eine Erhöhung der anrechenbaren Kosten um mehr als 12 % zu einer Honoraranpassung führen.

³¹ Nach *Locher/Koebler/Frik*, a.a.O., § 7 Rdnr. 165 kann eine Änderung im Sinne es § 7 eine Änderung des Objekts oder der vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistungen zum Gegenstand haben, dagegen spricht jedoch die Anknüpfung an die anrechenbaren Kosten.

³² So auch *Locher/Koebler/Frik*, Kommentar zur HOAI, 10. Aufl., § 7 Rn. 168.

³³ OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.10.2006 - I-5 U 100/02, BauR 2007, 1270 = NZBau 2007, 109, 115 m.w.N.

praktische Bedeutung teilweise dadurch eingebüßt, dass in der HOAI 2009 das Erfordernis entfallen ist, die Vergütung Besonderer Leistungen jeweils schriftlich zu vereinbaren³⁴. Unbefriedigend ist aber, dass der Verordnungsgeber nicht die Chance genutzt hat, nach abgeschlossener Diskussion in Rechtsprechung und Lehre eine einheitliche Linie in der Verordnung umzusetzen. Einerseits sind mit den §§ 3 Abs. 2 Satz 3 und 7 Abs. 5 HOAI 2009 allgemeine Vorschriften für eine Honoraranpassung bei Planungsänderungen geschaffen, andererseits bleiben aber einzelne geänderte Leistungen ohne erkennbaren Grund als Besondere Leistungen dem § 3 Abs. 3 zugeordnet, z.T. mit schärferen Voraussetzungen für eine Honoraranpassung. Das Verhältnis der jeweiligen Vorschriften zueinander ist unklar.

6 Die Höhe der Vergütung

Erfreulich ist, dass der Verordnungsgeber mit drei berichtigenden Worten zur Berechnung des neuen Honorars ganze Bibliotheken hat Makulatur werden lassen³⁵. Denn die bisherige Rechtslage bot kaum praktikable Ansätze für eine Berechnung des Zusatzhonorars. Dies galt insbesondere, wenn – wie im Regelfall – nur Teile der Gesamtleistung umzuplanen waren.³⁶ § 3 Abs. 2 und 3 HOAI 2009 gestattet nun ausdrücklich die freie Vereinbarung des Honorars, § 7 Abs. 5 HOAI lässt den Vertragsparteien noch mehr Freiheit, indem er zum Inhalt der zu treffenden Honorarvereinbarung gänzlich schweigt. Damit ist die ohnehin geübte Praxis, Planungsänderungen nach Zeitaufwand abzurechnen, legitimiert. Für die Vertragspraxis empfiehlt es sich, Änderungspauschalen oder Stundensätze im Vertrag festzulegen.

³⁴ Die dogmatische Einordnung konnte bisher streitentscheidend sein, wenn es – wie häufig – an einer nach § 5 Abs. 4 HOAI a.F. erforderlichen schriftlichen Vereinbarung fehlte, vgl. hierzu die Entscheidung des OLG Düsseldorf, Urteil vom 15.05.2008 - 5 U 68/07, BauR 2009, 1616.

³⁵ zitiert nach *Kirchmann*, „Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“, Heidelberg 1988, dort S. 29; aus den „Bibliotheken“ zur Honorarberechnung vgl. *Schmidt*, BauR 2000, 51; *Kniffka/Koebler*, Kompendium des Baurechts, S. 833 m.w.N., dort ist die – wenig praktikable - Abrechnung im System der HOAI dargestellt; vgl. auch die zutreffende Anmerkung von Seifert zum Urteil des OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.10.2006 - I-5 U 100/02, BauR 2007, 1270 = IBR 2007, 432.

³⁶ Vgl. OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.10.2006 - I-5 U 100/02, BauR 2007, 1270 = IBR 2007, 432 mit Anm. Seifert.

7 Fazit

Wer als Jurist seine Grenzen erfahren möchte, kann auch weiterhin auf Extremsport verzichten und sich stattdessen mit der neuen HOAI an die Lösung von Honorarstreitigkeiten bei Planungsänderungen begeben³⁷. Wie bisher sind vorausschauende Vertragsgestaltung und frühzeitige Klärung von Leistungszielen und Leistungsumfang notwendig, um Streitigkeiten über Honorarfragen während der Projektabwicklung zu vermeiden. Auf lange Sicht wird wohl der Gesetzgeber bei der geplanten Neuregelung des Werkvertragsrechts die Probleme angehen müssen.

Zitierte Entscheidungen:

- BGH, Urt. v. 30.09.2004 - VII ZR 456/01, [BauR 2005, 118](#) – Honoraranpassung bei Bauzeitverlängerung
- BGH, Urt. v. 24.10.1996 - VII ZR 283/95, [BauR 1997, 154](#) – Umfang der Pflichten des Architekten oder Ingenieurs
- OLG Köln, Urt. v. 24.05.1993 - 7 U 154/91, [BauR 1995, 576](#) – Neue geistige Leistung Voraussetzung für Zusatzhonorar
- BGH NJW 2007, 3712 – Honoraranpassung bei Bauzeitverlängerung
- OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.10.2006 - I-5 U 100/02, [BauR 2009, 1764](#) – Anpassungsklausel bei Bauzeitverlängerung
- OLG Düsseldorf, Urteil vom 15.05.2008 - 5 U 68/07, [BauR 2009, 1616](#) – Planungsänderungen als Besondere Leistungen gem. § 64 Abs. 3 HOAI
- OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.10.2006 - I-5 U 100/02, [BauR 2007, 1270](#) – Planungsänderungen als wiederholte Grundleistungen

³⁷ So auch die Einschätzung bei *Locher/Koebler/Frik*, Kommentar zur HOAI, 10. Aufl., § 3 Rn. 12.