

RAin Claudia Dilewski / Dipl.-Ing. Werner Seifert
für den Bundesverband öffentlich bestellter und vereidigter
sowie qualifizierter Sachverständiger e.V. (BVS)

Stellungnahme und Empfehlungen zum Entwurf der HOAI-Novelle Stand 19. März 2009

I. Vorbemerkungen

Bei der Beurteilung des nunmehr vorgelegten weiteren Entwurfs soll es aus Sicht der öffentlichen bestellten Honorarsachverständigen vor allem um Regelungsinhalte mit erheblichem Streitpotential gehen. Berufspolitische Interessen werden dabei nicht vertreten.

Allgemein ist festzustellen, dass der vorliegende Entwurf für eine Neufassung der HOAI wiederum mit eindeutigem Schwerpunkt auf Neubauten formuliert wurde, obwohl Neubauvorhaben gegenüber den Baumaßnahmen im Bestand bereits heute den erheblich geringeren Teil ausmachen und sich diese Entwicklung in der Zukunft fortsetzen wird. Nachdem die erklärte Intention des Verordnungsgebers für eine Neufassung der HOAI nicht nur die Herstellung der Europakonformität ist, sondern gerade auch eine Erhöhung der trotz immer weiter gestiegener Kosten über einen langen Zeitraum eingefrorenen Honorare für Architekten und Ingenieure, ist umso weniger nachvollziehbar, dass durch Streichung bzw. Senkung diverser Zuschläge nach der neuen HOAI Architekten und Ingenieure, die mit Maßnahmen im Bestand beauftragt werden, honorarmäßig im Ergebnis in vielen Fällen nicht nur nicht besser, sondern sogar schlechter gestellt werden. Besonderheiten, wie sie sich bei „Leistungen im Bestand“ ergeben, sollen nur knapp mit einer Zuschlagsvorschrift geregelt werden¹. Das Ziel einer zumindest 10%-igen Anhebung der Honorare wird mit dem vorliegenden Entwurf demnach allenfalls im Ausnahmefall erreicht, nämlich bei Neubauten „auf der grünen Wiese“ bei beauftragten Leistungsphasen 1 bis 4.

¹ Entwurf § 35.

II. Zu einzelnen Regelungsinhalten

1. Schuldrechtliche Regelungen

Die Ermächtigungsgrundlage des Gesetzgebers, Art. 10 §§ 1 und 2 MRVG, gibt eine HOAI mit ausschließlich preisrechtlichen Regelungen vor, d.h. diese soll eine Beschränkung der Vertragsfreiheit lediglich hinsichtlich der Vergütung, nicht aber hinsichtlich schuldrechtlicher Vereinbarungen enthalten.

In der Begründung zum aktuellen Entwurf heißt es, dass „schuldrechtliche Elemente... in der Neufassung so weitgehend wie möglich“ entfallen sollten². Der Entwurf beschränkt sich allerdings gleichwohl nicht auf preisrechtliche Regelungen.

Schuldrechtliche Inhalte finden sich gleichwohl in folgenden Vorschriften des vorliegenden Entwurfs:

- § 2 Nr. 12: Mindestgliederungstiefe bei der Kostenschätzung
Wie unten noch ausgeführt wird, ist die Mindestgliederungstiefe bei der Kostenschätzung in der Regel auch nicht ausreichend, um überprüfbare anrechenbare Kosten ermitteln zu können.
- § 2 Nr. 13: Mindestgliederungstiefe bei der Kostenberechnung
Auch bei der Kostenberechnung reicht die bestimmte Mindestgliederungstiefe in vielen Fällen nicht aus, um überprüfbare anrechenbare Kosten ermitteln zu können.
- § 3 Abs. 6: Wirtschaftlichkeit der Leistung
Diese Bestimmung ist preisrechtlich überflüssig und im Übrigen auch falsch formuliert: Es soll wohl nicht um die Wirtschaftlichkeit der Architekten- oder Ingenieurleistung gehen, sondern um die Wirtschaftlichkeit der Planung.
- § 3 Abs. 8: Pflicht zur Erörterung der Ergebnisse jeder Leistungsphase

² Begründung zum Entwurf S. 8.

Es ist schon im Grundsatz nicht sinnvoll, eine solche Erörterungspflicht für alle Leistungsphasen zu fordern, etwa für die Leistungsphase 4: Hier ist der Bauantrag abgegeben, und es ist nicht recht ersichtlich, worüber Auftragnehmer und Auftraggeber in diesem Stadium diskutieren sollten.

- § 6 Abs. 2: Regelung zu einer Beschaffenheitsvereinbarung bei den Baukosten
Die Regelung beinhaltet primär eine schuldrechtliche Beschaffenheitsvereinbarung zu den Baukosten. Dass bei einer solchen schuldrechtlichen Vereinbarung die anrechenbaren Kosten der Höhe nach begrenzt sind hat der BGH bereits entschieden³.
- § 7 Abs. 7 Satz 2: Malusregelung
Die Malusregelung als Vertragsstraferegelung stellt eindeutig ein schuldrechtliches Element dar⁴.

2. Verweis auf die DIN 276

Nach § 2 Nr. 13 n.F. ist vorgesehen, dass für die Kostenschätzung die „DIN 276-1: 2006-11“ heranzuziehen sein soll. Auch in der Begründung zum Entwurf wird zum Ausdruck gebracht, dass die anrechenbaren Kosten „nunmehr nach der DIN 276 in ihrer aktuellen Fassung nach § 2 Nummer 13 berechnet werden“ sollen⁵.

Hierbei handelt es sich freilich um eine inzwischen veraltete Fassung der DIN 276, die aktuell in der Fassung vom Dezember 2008 vorliegt.

Der Verweis auf eine bestimmte Fassung der DIN 276 im Rahmen der Begriffsdefinition für die „Kostenschätzung“ ist auch unsystematisch. Unklar ist dann, ob diese Fassung auch bei der Kostenberechnung gelten soll. Nach diesseitiger Auffassung gehört die Bestimmung der zu Grunde zu legenden Fassung der DIN 276 deshalb in § 2 Nr. 12 oder – noch besser – in § 4 Abs. 1 Satz 3.

³ BGH BauR 2003, 566; IBR 2003, 203.

⁴ Vgl. auch Begründung zum Entwurf S. 24 unten.

⁵ Begründung zum Entwurf Ziff. III. Nr. 3.

Ansonsten ist aus der Formulierung in § 2 Nr. 12 allerdings eher zu schließen, dass die jeweils aktuelle Fassung der DIN 276 angewendet werden soll. Ein solcher Verweis wäre aber dynamisch und damit unzulässig. Mit einer Neufassung der DIN 276 könnten sich über einen entsprechend geänderten Regelungsinhalt z.B. bei den Kostengruppen 300 und 400 der DIN 276 die anrechenbaren Kosten verändern.

Ohne Bezug auf eine konkrete Fassung der DIN 276 sind in dieser Hinsicht insbesondere auch § 32 Abs. 1 und 2 nicht ausreichend statisch geregelt. So ist nicht sichergestellt, dass sich die Begriffe „Baukonstruktionen“ oder „Technische Anlagen“ in einer späteren Fassung der DIN 276 wieder finden, und ebenso wenig ist auszuschließen, dass diese mit einem veränderten Leistungsinhalt geregelt sind, wie dies z.B. bei der Umstellung der DIN 276 in der Fassung von 1981 zur Fassung von 1993 der Fall war. Den Begriff „Technische Anlagen“ kannte die DIN 276 in der Fassung von 1981 überhaupt noch nicht, und der Terminus „Baukonstruktionen“ beinhaltet in beiden Fassungen nicht identische Leistungen⁶.

Nach dem Handbuch der Rechtsförmlichkeit ist ein dynamischer Verweis nur zulässig, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind⁷:

- Zwischen der Ausgangsnorm und Bezugsnorm muss eine hinreichende Zweckverwandtschaft bestehen.
- Es ist darauf zu achten, dass die künftige Entwicklung der Bezugsnorm nicht zu einer wesentlichen Änderung der Ausgangsnorm führt.

Beide Bedingungen sind bei einem dynamischen Verweis auf die jeweils aktuelle Fassung der DIN 276 nicht gegeben. Zum einen besteht der Regelungszweck der DIN 276 in der Kostenplanung im Rahmen des Tätigkeitsspektrums von Architekten und Ingenieuren. Regelungszweck der HOAI ist dagegen die Vergütung der Leistungen von Architekten und Ingenieuren. Auch die inhaltliche Entwicklung der Bezugsnorm ist wie dargelegt nicht absehbar. Wie zuvor aufgezeigt wurde, hat in der Vergangenheit die Entwicklung der DIN 276

⁶ Seifert, BauR 2001, 1330, 1337.

⁷ Handbuch der Rechtsförmlichkeit, Rn. 244.

nach 1981 dazu geführt, dass die Ausgangsnorm mit neueren Fassungen nicht mehr anwendbar gewesen wäre.

Dynamische Verweisungen auf private Regelwerke, zu denen insbesondere auch die Festlegungen des DIN⁸ gehören, sind bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen unzulässig, da die gesetzgeberische Legitimation sich später durch wesentlich Änderungen des privaten Regelwerks ergebende Abweichungen nicht abdeckt⁹.

3. Vereinbarkeit von anrechenbaren Kosten

Ungeachtet der unklaren und bedenklichen Regelung zur anzuwendenden Fassung der DIN 276 ist für die Beteiligten auch unklar, auf welcher Grundlage anrechenbare Kosten zu ermitteln oder zu vereinbaren sind:

Zu § 4 Abs. 1 n.F.:

- Fachlich allgemein anerkannte Regeln der Technik oder
- ortsübliche Preise oder
- einschlägige Kostenvorschriften

Hier stellen sich folgende Fragen:

- Was soll im Einzelfall gelten, vor allem dann, wenn ein schriftlicher Vertrag nicht geschlossen wurde und Kostenschätzung bzw. Kostenberechnung fehlen?
- Wer bestimmt das?
- Kann darüber verhandelt werden?

Zu § 6 Abs. 2 n.F.:

Wenn zum Zeitpunkt der Beauftragung noch keine Planung vorliegt, können nicht ohne weiteres „nachprüfbare Baukosten einvernehmlich“ festgelegt werden. In dieser Regelung wird erhebliches Streitpotential gesehen, vor allem dann, wenn Planungsvorgaben - wie im Regelfall - unscharf bzw. unvollständig oder nicht definiert sind oder die Baukosten von vorn-

⁸ Deutsches Institut für Normung e.V.

⁹ Handbuch der Rechtsförmlichkeit, Rn. 247.

herein aus Sicht des Bauherrn überhöht bzw. aus Sicht des Planers zu niedrig angesetzt wurden, wenn sich also einer der Beteiligten im Nachhinein „über den Tisch gezogen“ fühlt.

Mit einer Baukostenvereinbarung werden regelmäßig auch „Baukosten“ vereinbart, nicht aber „anrechenbare Kosten“. Letztere berechnen sich auf der Grundlage der „Baukosten“ über die Vorschriften der HOAI.

Es ist auch nicht ersichtlich, wie die an der Planung Beteiligten einvernehmliche „anrechenbare Kosten“ vereinbaren (§ 6 Abs. 2 n.F.) und entsprechende haftungsrechtliche Konsequenzen tragen können sollen (§ 7 Abs. 7 Satz 2 n.F.). Zu beachten ist, dass bei einer Baumaßnahme die Kosten im Rahmen der Kostenplanung in einem interaktiven Zusammenwirken der verschiedenen, mitunter zahlreichen Beteiligten ermittelt werden:

Kostengruppen:	Fachbereiche:
300	Architekt
325, 336, 339, 344, 345, 346, 349, 352, 353, 359, 364, 370, 600	Innenarchitekt
500	Landschaftsarchitekt
520	Ingenieur für Verkehrsanlagenplanung
530	Ingenieur für konstruktiven Ingenieurbau
410, 541, 542, 543	Fachingenieur für Wasser-, Abwasser-, Gasanlagen
420, 544	Fachingenieur für Wärmeversorgungsanlagen
430, 545	Fachingenieur für lufttechnische Anlagen
440, 546	Fachingenieur für Starkstromanlagen
450, 547	Fachingenieur für fernmelde- und informationstechnische Anlagen
460	Fachingenieur für Förderanlagen
471, 548	Fachingenieur für küchentechnische Anlagen
472, 548	Fachingenieur für Wäscherei- und Reinigungstechnik
473, 548	Fachingenieur für Medienversorgungsanlagen
474, 548	Fachingenieur für Medizin- und labortechnische Anlagen
475, 548	Fachingenieur für Feuerlöschanlagen
476, 548	Fachingenieur für badetechnische Anlagen
477, 548	Fachingenieur für Prozesswärme-, kälte- u. -luftanlagen
478, 548	Fachingenieur für Entsorgungsanlagen
479, 548	Fachingenieur für bühnentechnische Anlagen
479, 548	Fachingenieur für Tankstellen und Waschanlagen
480	Fachingenieur für Gebäudeautomation
620	Künstler

Angesichts der möglichen Vielzahl von beteiligten Planern und Fachplanern bei einer Baumaßnahme ist beim besten Willen nicht ersichtlich, wie die nach § 6 Abs. 2 n.F. vorgesehene Baukostenvereinbarung zu den anrechenbaren Kosten sachgerecht, also mit „nachprüfbaren Baukosten“, in der Praxis funktionieren soll. Fachplanerische Kosten, die auch beim Architekten bzw. Innenarchitekten bei den anrechenbaren Kosten zu berücksichtigen sind, können kaum von Architekten oder Innenarchitekten sachgerecht ermittelt werden. Stammt die Kostenvorgabe dagegen vom Auftraggeber, ist deren Machbarkeit und sachliche Richtigkeit für den Architekten oder Innenarchitekten nicht „nachprüfbar“.

Dabei ist auch zu beachten, dass die allgemeinen Regelungen des Teil 1 auch für die Honorierung der Tragwerksplaner gelten. Der Tragwerksplaner ermittelt selbst aber keine eigenen Kosten. Wie sollen also Kosten der Kostengruppen 300 und 400 für diesen nachprüfbar sein, zumal er Umfang und Standard von Konstruktionen und technischen Anlagen nicht kennt?

Bei § 6 Abs. 2 n.F. ist insgesamt unklar, ob jeder Beteiligte selbständige Vereinbarungen zu den Kosten vornimmt, ob also etwa der Architekt, der Tragwerksplaner und der Haustechniker (welcher?) Vereinbarungen zu den Kosten der Kostengruppe 400 treffen sollen. Soweit den Planern und Fachplanern solche Kosten zum Zeitpunkt der Beauftragung „aufgedrückt“ werden, wenn „noch keine Planungen“ vorliegen, wird man im Nachhinein vermutlich sehr häufig darüber streiten, ob es sich dabei um sachgerechte Kostenvereinbarungen gehandelt hat.

Die Justiz wird sich im Übrigen im Falle von Planungsänderungen dann auch vielfach mit der Fragestellung zu befassen haben, ob eine Kostenvereinbarung nach den Grundsätzen von Treu und Glauben noch aufrecht zu erhalten ist oder bereits eine Störung der Geschäftsgrundlage vorliegt.

Ferner ist festzustellen, dass die in § 2 Nr. 13 und 14 n.F. festgelegten Ausarbeitungstiefen bei Kostenschätzungen und Kostenberechnungen oft nicht ausreichen werden, um anrechenbare Kosten bei Innenarchitekten, Landschaftsarchitekten und zahlreichen Fachbereichen bei der Technischen Ausrüstung ermitteln zu können (s.o.).

Schließlich ist der Verweis auf „einschlägige Kostenvorschriften“ in § 4 Abs. 1 n.F. unbestimmt und nach diesseitiger Auffassung in dieser Form unzulässig. Bei dieser zumal gleitenden Verweisung ist schon nicht ersichtlich, auf welche Normen sie sich überhaupt bezieht. Darüber hinaus ist entsprechend auch nicht nachvollziehbar, ob die in Bezug genommenen Normen eine hinreichende Zweckverwandtschaft mit dem Preisrecht der HOAI aufweisen, und die zukünftige Entwicklung nicht näher bestimmter Bezugsnormen ist schon gar nicht abschätzbar¹⁰.

4. Vorschriften ohne konkrete Bestimmung des Honorars

Mit der Novellierung der HOAI sollten Regelungen entfallen, die keine klaren Honorarregelungen enthalten¹¹.

Indessen wurden in den Entwurf folgende neuen Regelungen ohne konkrete Bestimmung des Honorars aufgenommen:

a) § 7 Abs. 5:

Diese Vorschrift sieht lediglich eine Anpassung der dem Honorar zu Grunde liegenden Vereinbarung vor. Welchen Inhalt diese Anpassung haben und wie der Auftragnehmer die Anpassung durchsetzen können soll, bleibt offen.

Da Änderungen des Leistungsumfangs in der Praxis nicht der Ausnahme-, sondern der Regelfall sind, ist abzusehen, dass die Klärung der offenen Fragen Gerichte und Sachverständige in erheblichem Umfang beschäftigen wird.

b) § 10 Satz 1 und Satz 2:

Diese Vorschrift enthält ebenfalls keine Aussage zu einem konkret zu beanspruchenden Honorar, sondern sieht nur den Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung vor.

¹⁰ Siehe hierzu auch die obigen Ausführungen zur DIN 276.

¹¹ So z.B. § 26; vgl. Begründung zum Entwurf S. 12.

Auch Inhalt und Durchsetzung dieser Vereinbarung wird mit Sicherheit im Zweifel ein Fall für Justiz und Sachverständige sein.

c) § 15 Abs. 2 Abschlagszahlungen

Bereits die Formulierung dieser Vorschrift ist missglückt. Abschlagszahlungen sollen gewiss nicht „in angemessenen zeitlichen Abständen vereinbart werden“ können, sondern vielmehr soll im ursprünglichen Vertrag vereinbart werden können, dass Abschlagszahlungen in angemessenen Abständen zu leisten sind.

Viel gravierender aber ist, dass mit der Neuregelung der in § 8 a.F. vorgesehene materielle Rechtsanspruch des Auftragnehmers auf Abschlagszahlungen entfällt, mit der praktischen Konsequenz, dass der Auftragnehmer seine Leistungen bis zum Abschluss seiner Tätigkeit quasi als Vorleistung zu erbringen und vorzufinanzieren hat und bis zuletzt das Insolvenzrisiko des Auftraggebers trägt.

Hieran ändert nach diesseitiger Auffassung auch die Neufassung des § 632a BGB nichts. Während der Anspruch des Auftragnehmers nach dem zuvor gültigen Wortlaut regelmäßig daran gescheitert ist, dass das Kriterium des „in sich abgeschlossenen Teils des Werkes“ nicht erfüllt war, wird es künftig an der Erfüllung des Kriteriums des nachweislichen Wertzuwachses fehlen.

In der jetzt vorgelegten Fassung ist die Regelung überflüssig und nützt dem Auftragnehmer überhaupt nichts, denn wenn Abschlagszahlungen nicht „gefordert“, sondern nur „vereinbart“ werden können, ist der Auftragnehmer insoweit voll und ganz auf den – guten - Willen seines Vertragspartners angewiesen, Abschlagszahlungen zu leisten, und dass der Wille des Auftraggebers einer solchen Vereinbarung regelmäßig entgegenstehen dürfte, weil dieser möglichst spät bezahlen möchte, bedarf keiner weiteren Ausführung.

Da die geänderte Regelung zu Abschlagszahlungen also den Auftragnehmer ohne Notwendigkeit gegenüber dem bisher geltenden Recht in nicht hinnehmbarer Weise benachteiligt, wird dringend empfohlen, in § 15 Abs. 2 die Formulierung des § 8 Abs. 2 HOAI a.F. zu übernehmen.

„Abschlagszahlungen können in angemessenen zeitlichen Abständen für nachgewiesene Leistungen gefordert werden.“

5. Zu weiteren problematischen Regelungen im Einzelnen

a) § 2 Nr. 5: „Erweiterungsbauten“

Die Definition von „Erweiterungsbauten“ ist obsolet, soweit die Neufassung der HOAI keine Honorartatbestände dafür vorsieht.

b) § 2 Nr. 12: „fachlich allgemein anerkannte Regeln der Technik“

Soweit § 2 Nr. 12 insbesondere auf „schriftlich fixierte technische Festlegungen und Verfahren“ abstellt, die sich bewährt haben bzw. deren Bewährung „nach herrschender Auffassung in überschaubarer Zeit bevorsteht“, weicht diese Definition von „fachlich allgemein anerkannten Regeln der Technik“ zum einen von der Grundsatzentscheidung des BVerwG¹² und zum anderen auch vom aktuellen Stand der Empfehlungen des Handbuchs der Rechtsförmlichkeit¹³ ab.

Die Definition ist im Übrigen nur im Hinblick auf § 4 Abs. 1 Satz 2 von Bedeutung. Soweit Kosten aber regelmäßig nach DIN 276 zu ermitteln sind und anrechenbare Kosten davon abgeleitet werden, kann auf eine Definition von „fachlich allgemein anerkannte Regeln der Technik“ verzichtet werden.

Es wird daher empfohlen, die Regelung mit der genannten Entscheidung des BVerwG bzw. den Empfehlungen des Handbuchs der Rechtsförmlichkeit in Einklang zu bringen oder - noch besser - ganz entfallen zu lassen.

¹² BVerwG BauR 1997, 290, 291.

¹³ A.a.O. Rn. 255.

c) § 3 Abs. 2 und 3: „Leistungen“

Die Begriffsvielfalt „Leistungen“ – „Andere Leistungen“ – „Besondere Leistungen“ stiftet mehr Verwirrung als alles andere, und zwar namentlich auch in Bezug auf ihre honorarmäßige Einordnung. Fallen „Andere Leistungen“ unter „Besondere Leistungen“?

d) § 6 Abs. 1 Nr. 1: „Kostenberechnung“

Nach der bisherigen HOAI kann bereits vereinbart werden, dass die anrechenbaren Kosten insgesamt nach der Kostenberechnung ermittelt werden, nämlich nach § 4a HOAI a.F. Diese Regelung hat sich allerdings in 13 Jahren nicht durchgesetzt. Sie fristet nach wie vor ein Schattendasein und erfreut sich weder bei Auftraggebern noch bei Auftragnehmern einer besonderen Beliebtheit.

Es ergeben sich folgende Probleme:

- Planungsänderungen nach der Leistungsphase 3 (die der Regelfall sind)

Derartige Planungsänderungen führen unweigerlich zu der Frage, ob die Honorierung im Ganzen oder in Teilen sich dann überhaupt noch nach der – überholten - Kostenberechnung richten kann. Ein weiterer Streitpunkt ist der Inhalt der Korrektur bzw. Fortschreibung der Kostenberechnung¹⁴.

- Architekt legt überzogene Kostenberechnung vor.

Bezogen auf den damals neu eingeführten § 4a HOAI a.F. hat Wolff bereits im Jahr 1996 deutlich auf die sich aus derartigen überzogenen Kostenberechnungen ergebenden Schwierigkeiten hingewiesen¹⁵.

e) 8 Abs. 1: Berechnung von Prozentsätzen

Statt „Prozentsätze“ müsste es in der Regelung richtigerweise heißen „Teilhonorare“.

¹⁴ Vgl. Meurer, BauR 2003, 328.

¹⁵ Vgl. Wolff, DAB, 1/96, S. 87 f.

f) § 9 Abs. 2 Nr. 2 lit. d: Beauftragung von Einzelleistungen

In lit. d muss die Honorarzone „IV“ gestrichen werden, da diese bereits von lit. c umfasst ist.

g) Zu § 11 Abs. 1 Satz 1: „Mehrere Objekte“

Mit der Neufassung der HOAI soll der bisherige § 22 fachbereichsübergreifend in den allgemeinen Teil 1 vorgezogen werden, da offenbar die Überzeugung besteht, dass diese Vorschrift für alle Fachbereiche gleichermaßen gilt. Folgerichtig wird auch der Begriff „Gebäude“ des bisherigen § 22 Abs. 1 in den allgemeineren Begriff „Objekte“ umbenannt.

Dabei wird freilich offenbar übersehen, dass sich die Honorare bei der Technischen Ausrüstung gerade nicht nach „Objekten“ richten. § 2 Nr. 1 ist zu entnehmen, dass auch „Anlagen der Technischen Ausrüstung“ als „Objekte“ anzusehen sind. Aus § 52 Abs. 1 ergibt sich aber, dass sich die Honorare für Leistungen bei der Technischen Ausrüstung nicht nach den anrechenbaren Kosten der einzelnen Anlagen richten, sondern nach den anrechenbaren Kosten der Anlagen einer Anlagengruppe. Eine Anlagengruppe besteht indes aus mehreren Einzelobjekten, mithin aus mehreren „Objekten“ i.S. von § 2 Nr. 1.

Auch dieser Widerspruch zwischen § 11 Abs. 1 Satz 1 und § 52 Abs. 1 Satz 1 wird die Justiz beschäftigen. Trotz der im Moment noch eindeutigen Regelung des § 69 Abs. 1 HOAI a.F. musste sich schon die Justiz schon mehrfach mit dieser Frage befassen¹⁶. Wenn sich künftig auch noch aus dem Preisrecht Widersprüche ergeben, wird diese Diskussion neu entfacht.

h) Zu § 11 Abs. 1 Satz 2: „weitgehend vergleichbare Objektbedingungen“

Mit der Formulierung „weitgehend vergleichbare Objektbedingungen“ wird ein neuer unbestimmter Rechtsbegriff geschaffen. Was darunter im Einzelfall zu verstehen ist, kann nur mit Hilfe von Justiz und Sachverständigen definiert werden.

¹⁶ BGH, Beschl. v. 20.12.2007; NJW-RR 2008, 615; OLG Rostock, Urt. v. 23.05.2007 - 2 U 2/06; NJW-RR 2008, 615.

i) Zu § 14 Abs. 3 Satz 2: Zeitpunkt der Vereinbarung der einer Nebenkostenpauschale

Die HOAI enthält bezüglich der Nebenkosten keine preisrechtlichen Beschränkungen¹⁷. Insofern ist nicht verständlich, warum für die Vereinbarung einer Nebenkostenpauschale nach wie vor zwingend der Zeitpunkt der Auftragserteilung vorgegeben wird, was praxisfremd ist.

Tritt die Regelung in dieser Form in Kraft, wird es in Zukunft kaum noch Pauschalvereinbarungen zu Nebenkosten geben.

Auf die Maßgabe „bei Auftragserteilung“ sollte man also verzichten.

k) §§ 42 Abs. 3, 46 Abs. 3, 49 Abs. 4: „Die §§ 35 und 36 Absatz 2 gelten entsprechend“

Ein isolierter Verweis in §§ 42, 46 und 49 lediglich auf §§ 35, 36 Abs. 2 ist nicht nachvollziehbar. Hier sollte ein Verweis auf die vollständigen Vorschriften der §§ 35 und 36 erfolgen, analog zu § 53 Abs. 4.

6. Fehlende Regelungen

a) Anrechenbare Kosten aus vorhandener Bausubstanz (bisher: § 10 Abs. 3a HOAI)

Es wird offenbar die Auffassung vertreten, dass über eine Erhöhung des maximal zulässigen des Umbauszuschlags (§ 35 Abs. 1 Satz 1 HOAI) auf die bisherige Regelung des § 10 Abs. 3a HOAI verzichtet werden kann.

Durch den Wegfall von § 10 Abs. 3a HOAI a.F. werden die Auftragnehmer allerdings erheblich schlechter gestellt, da ein Rechtsanspruch auf Zahlung des höheren Zuschlag nicht besteht, sondern dieser nur vereinbart werden kann.

Ferner ist davon auszugehen, dass ein Wegfall von § 10 Abs. 3a HOAI a.F. nicht zu nachhaltigem Bauen führen wird. Für den Architekten besteht nämlich keinerlei Anreiz mehr,

¹⁷ Vgl. zur Nebenkostenpauschale BGH BauR 2004, 356; IBR 2004, 23.

vorhandene Bausubstanz zu erhalten, wenn er hierfür schlicht nichts bekommt. Im Zweifel wird er künftig alte Bausubstanz als nicht erhaltenswert einstufen und abreißen lassen. Der Architekt kann dann sowohl die Abrisskosten als auch die Kosten für eine neue Herstellung von Bausubstanz bei den anrechenbaren Kosten ansetzen. Für die Auftraggeber wirkt sich ein Ausweichen auf diese Alternative allerdings zum Nachteil aus. Im Ergebnis ist eine Streichung von § 10 Abs. 3a HOAI also für beide Vertragsparteien letztlich negativ.

Schließlich ist auch fraglich, ob die Anrechenbarkeit von vorhandener Bausubstanz nicht mittelbar über § 4 Abs. 2 Nr. 4 geregelt ist. Vor Einführung von § 10 Abs. 3a HOAI a.F. im Jahre 1988 hatte der Bundesgerichtshof jedenfalls entschieden, dass der Architekt einen Anspruch hat auf Einbeziehung des Wertes der vorhandenen und mitverarbeiteten Bauteile in die anrechenbaren Kosten gemäß § 10 Abs. 3 Nr. 4 HOAI a.F.¹⁸ Mit der Neuregelung des § 4 Abs. 2 Nr. 4 und dem Wegfall von § 10 Abs. 3a HOAI alt wird dieselbe Rechtslage wieder hergestellt, wie sie der zitierten BGH-Entscheidung zu Grunde lag.

Nachdem Einigkeit besteht, dass die bisherige Regelung des § 10 Abs. 3a HOAI a.F. als verunglückt anzusehen ist, wird empfohlen folgende sinngemäße Regelungen in die HOAI aufzunehmen:

*Bei Leistungen für Hülle **und** Innenraum:*

Zuschlag auf die anrechenbaren Kosten 55,00 €/m³ BRI (DIN 277, Teil 1)

*Bei Leistungen für Hülle **oder** Innenraum:*

Zuschlag auf die anrechenbaren Kosten in Höhe von 25%

In langjähriger Praxis der Honorarsachverständigen hat sich gezeigt, dass solche Regelungen nicht zu überzogenen Honoraren führen würden.

¹⁸ BGH BauR 1986, 596.

b) Zeitliche Trennung (bisher: § 21 HOAI)

Ähnlich wie das Gutachterteam für das Gutachten „Statusbericht 2000plus“ scheint auch die Begründung für den vorliegenden Text von einem unzutreffenden Verständnis von § 21 HOAI a.F. auszugehen.

Bei dieser Vorschrift geht es gerade nicht darum, dass ein Mehrhonorar für eine Unterbrechung bei der Leistungserbringung innerhalb der Leistungsphasen gewährt werden soll, also beispielsweise wenn eine (längere) Unterbrechung zwischen den Leistungsphasen 4 und 5 vorliegt. Dann liegt nämlich entweder ein Verschulden des Auftragnehmers vor oder fehlende Mitwirkung auf Auftraggeberseite (§ 642 BGB). Für solche Fälle kann § 21 HOAI indes nicht herangezogen werden. Entsprechend getrennte anrechenbare Kosten könnten bei dieser Fallkonstellation nicht ermittelt werden.

Der bisherige § 21 HOAI a.F. erfasst vielmehr die Fälle, in denen die Leistungen für ein Gebäude in technischer Hinsicht abschnittsweise erbracht werden, d.h. also beispielsweise eine Schule nicht einheitlich in einem Zuge, sondern abschnittsweise in mehreren Bauabschnitten gegebenenfalls über Jahre hinweg umgebaut und modernisiert wird¹⁹. Für diesen Sachverhalt regelt 21 HOAI a.F., dass die anrechenbaren Kosten abschnittsweise, also für jeden Bauabschnitt getrennt zu berechnen sind. Daran zeigt sich bereits, dass eine solche Regelung insbesondere bei Baumaßnahmen im Bestand von großer Bedeutung ist²⁰. Insofern führt der Wegfall von § 21 HOAI a.F. insbesondere bei Baumaßnahmen im Bestand, die nicht einheitlich in einem Zuge, sondern abschnittsweise in größeren Abständen durchgeführt werden, zu einer deutlichen Schlechterstellung der Auftragnehmer.

Im Fall der Streichung von § 21 HOAI a.F. würde sich bei einer entsprechend in Bauabschnitten über Jahre gestreckten Planung und Bauausführung ein krasses Missverhältnis von Leistungsaufwand und Honorar ergeben. Stellt sich die getrennte Leistungserbringung erst im Laufe der Vertragdurchführung heraus, müsste das Rechtsinstitut „Störung der Geschäftsgrundlage“ bemüht werden, um ein angemessenes Honorar zu erhalten²¹.

¹⁹ Korbion/Mantscheff/Vygen § 21 Rdn. 4b.

²⁰ Seifert, BauR 2006, Heft 1a, 256, 260.

²¹ Vgl. BGH NJW-RR 2005, 322; IBR 2005, 95.

Im Hinblick auf die Regelung § 11 Abs. 1, der eine Trennung nur bei mehreren Objekten vorsieht, wobei einzelne räumlich getrennte Abschnitte eines Gebäudes nicht als mehrere Objekte anzusehen sind, ist der in der Begründung gegebene Hinweis, eine freie Vereinbarung nach dem Vorbild des bisherigen § 21 bleibe den Vertragsparteien unbenommen²², nicht plausibel. Denn wenn kein besonderer Trennungstatbestand erfüllt ist, müssen die Honorare bei mehreren Bauabschnitten innerhalb der Grenzen zwischen Mindest- und Höchstsatz liegen.

Es wird daher empfohlen, § 21 HOAI a.F. in der HOAI zu belassen und klarer zu formulieren.

c) Verschiedene Leistungen (bisher: § 23 HOAI)

Im Rahmen der Begründung wird ausgeführt, dass die Regelung des bisherigen § 23 „durch die allgemeine Regelung des § 6 Absatz 1, nach der sich das Honorar unter anderem nach dem jeweiligen Leistungsbild und bei Bauten im Bestand nach den §§ 35 und 36 richtet, bereit erfasst“ sei²³.

In Anbetracht der gleichfalls allgemeinen Vorschrift des § 11 Abs. 1 sind diese Ausführungen nicht nachvollziehbar.

Bei der bisherigen Regelung des § 23 HOAI sind anrechenbare Kosten getrennt zu ermitteln, wenn z.B. bei einem Objekt Umbauten und Erweiterungsbauten vorliegen. Wird also ein Gebäude umgebaut und erweitert, ergibt sich aus § 23 HOAI a.F. ein Trennungstatbestand. Auf der Grundlage von § 11 Abs. 1 kommt eine solche Trennung aber nur in Betracht, wenn mehrere Objekte vorliegen. Das ist bei Umbauten und Erweiterungsbauten zunächst einmal nicht der Fall. Auch durch die in §§ 35 und 36 vorgesehenen Bestimmungen ändert sich hieran nichts.

²² Begründung zum Entwurf S. 11.

²³ Begründung zum Entwurf S. 11.

Aufgrund der Unterscheidung bei § 2 Nr. 5 und Nr. 6 werden Auftraggeber dagegen sehr schnell zu der Auffassung gelangen, dass bei Umbauten und Erweiterungen von einheitlichen Gebäuden der Zuschlag nur für den Umbauteil gewährt werden kann und der Erweiterungsbau ohne Zuschlag bleiben muss, ansonsten aber eine Trennung bei den anrechenbaren Kosten ausscheidet, weil ja nicht mehrere Objekte i.S. von § 11 Abs. 1 vorliegen. Dies führt zu einer erheblichen Schlechterstellung der Auftragnehmer.

Nach dem Vorstehenden wird empfohlen, auch die Regelung des § 23 HOAI a.F. in der HOAI zu belassen.

d) Raumbildende Ausbauten (bisher: § 25 HOAI)

Auch die Vorschrift des § 25 HOAI a.F. soll nach dem vorgelegten Entwurf entfallen. Diese Vorschrift mag systemwidrig sein, ihre Existenz hat aber ganz erheblich zur Herstellung von Rechtsfrieden beigetragen. Künftig wird man darüber streiten, wie Leistungen bei Gebäuden von Leistungen bei Raumbildenden Ausbauten abzugrenzen sind oder inwieweit von Überschneidungen auszugehen ist. Jeder Architekt der zukünftig Leistungen für Oberflächen an einem Gebäude erbringt (also Boden, Wände, Decken), wird für sich in Anspruch nehmen können, auch Leistungen des Raumbildenden Ausbaus erbracht zu haben.

Fraglich wird ferner auch sein, ob der Auftragnehmer die Kosten für die einzelnen Konstruktionen bei Oberflächen sowohl bei der Gebäudeplanung als auch bei Raumbildenden Ausbauten ansetzen kann.

Die Objektabgrenzung bei Raumbildenden Ausbauten ist nach wie vor unklar. Geht es um Gebäude, um Raumgruppen oder um einzelne Räume²⁴? Im Hinblick auf § 11 Abs. 1 wird diese nach wie vor ungeklärte Frage noch mehr Bedeutung erlangen.

Im Übrigen ist der Ordnungsgeber nicht gehindert, systemwidrige Vorschriften zu erlassen²⁵.

²⁴ Korbion/Mantscheff/Vygen § 14b Rdn. 2.

²⁵ BGH BauR 2003, 745.

e) Örtliche Bauüberwachung (bisher: § 57 HOAI)

Die örtliche Bauüberwachung ist im Bereich Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen eine elementare Leistung des Auftragnehmers. Auch in diesem Bereich besteht zur Sicherstellung von nachhaltiger Qualität ein Bedarf an kontinuierlicher Überwachung vor Ort, die von der Oberleitung nicht mit abgedeckt wird. Bei Ingenieurbauwerken und Verkehrsanlagen erfüllen vielmehr erst Oberleitung und örtliche Bauüberwachung gemeinsam die Funktion der Leistungsphase 8 „Objektüberwachung“ bei anderen Bauwerken.

Vor diesem Hintergrund ist nicht nachvollziehbar, warum ausgerechnet für Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen die örtliche Bauüberwachung aus dem verbindlichen Preisrecht heraus genommen werden soll.

Zu Gunsten der Qualitätssicherung auch in diesen Bereichen wird empfohlen, die Regelung des § 57 HOAI a.F. in der HOAI zu belassen.

7. In den Anhang verlagerte Regelungen

Soweit die Objektlisten zu den Honorarzonen vom verbindlichen Teil der HOAI in den – unverbindlichen – Anhang ausgelagert wurden, führt auch dies zu einem höheren Streitpotenzial.

III. Zusammenfassende Würdigung

Alles in allem kann festgestellt werden, dass die HOAI in der jetzt vorliegenden Fassung den Vertragspartner mit der stärkeren Position stärkt und den mit der schwächeren Position schwächt.

Derzeit ist der schwächere Part vielfach der Berufsstand der Architekten und Ingenieure, der zumal „unterm Strich“ noch nicht einmal die in Aussicht gestellte 10%ige Erhöhung sei-

ner Honorare als Pluspunkt für sich verbuchen kann. Auch die Auftraggeberseite kann allerdings durchaus zum Teil in der schwierigeren Position sein.

Bei einem Inkrafttreten der HOAI in der jetzt vorliegenden Fassung werden im Übrigen Regelungslücken, Unklarheiten und Unstimmigkeiten aus diesseitiger Sicht zu einem erheblich vermehrten Streitaufkommen führen, das Gerichte und Sachverständige mehr als auslasten wird. Ob dies der Sinn einer neuen HOAI sein kann, erscheint fraglich.