

HOAI 2009 – Anmerkungen, Anfragen, Rätsel, Aussichten

von Prof. Dr. Gerd Motzke, VRiOLG München (Bausenat in Augsburg)
a.D.

Die HOAI 2009 ist seit 18.08.2009 in Kraft. ¹ Die ersten dem Ziel einer Übersicht verpflichteten Aufsätze sind verfasst² und es wächst der Bedarf, sich Einzelfragen der Neufassung zuzuwenden. Wenn die Existenz der Neufassung angesichts des Umstandes, dass ihr Erscheinen leicht hätte scheitern können, auch Anlass zur Freude ist, dürfen die Augen nicht vor gewissen Schwächen, Ungereimtheiten und Auslegungsschwierigkeiten verschlossen werden. Deshalb sind Anmerkung und Anfragen, der Hinweis auf Rätselhaftes und die Aussichten des Fortbestandes mancher Ergebnisse höchstrichterlicher Rechtsprechung unabhängig davon veranlasst, dass angesichts des Beschlusses des Bundesrates ³ der Zustand nach der Reform identisch ist mit dem vor einer – sogar kurzfristig – angesagten Reform. Eine Detailauseinandersetzung ist auch im Hinblick auf den Inhalt des Einführungserlass des Bundesministeriums für Verkehr-, Bau- und Stadtentwicklung veranlasst. Zusätzlich sind die angepassten RBBau-Regelungen zu berücksichtigen.

I Anmerkungen

Der Einführungserlass des Bundesministeriums für Verkehr-, Bau- und Stadtentwicklung vom 18.08.2009 veranlasst im Textteil eine Auseinandersetzung mit den dort zum Inhalt der HOAI vertretenen Auffassungen. Dieser Erlass enthält auch eine Anlage mit redaktionellen Anmerkungen zur Novelle. Über diese redaktionellen Hinweise hinaus sind jedoch auch systematische Ungereimtheiten festzustellen. Sprachlich ist nicht alles in Ordnung und manche sachlichen Fehler müssen über die Hinweise

¹ BGBl. I 2009, 2732 ff.

² Voigt de Oliveira, BauR 2009, 1360; Averhaus, NZBau 2009, 473 und noch zu den Entwürfen Koeble, BauR 2008, 894; Seifert, BauR 2008, 904 sowie Vygen, BauR 2008, 730.

³ BR-Drucks. 395/09, Beschl. v. 12.06.2009

in der Anlage zum Einführungserlass hinaus im Wege einer zweck- und interessen-gerichteten Auslegung des Verordnungstextes korrigiert werden.

I.1 Aus Grundleistungen werden Leistungen

§ 3 Abs. 2 Satz 1 stellt fest, dass die zur ordnungsgemäßen Erfüllung eines Auftrags im Allgemeinen erforderlichen Leistungen in Leistungsbildern erfasst sind. Aus Satz 2 folgt, dass es auch „andere Leistungen“ gibt; § 3 Abs. 2 HOAI macht darauf aufmerksam, dass die Besonderen Leistungen in der Anlage 2 aufgeführt werden und das Honorar hierfür frei vereinbart werden kann. Der Begriff „Grundleistungen“ ist verschwunden und wurde durch „Leistungen“ ersetzt. Diese „Leistungen“ sind in Leistungsbildern erfasst, die wie z.B. aus § 18, § 33 oder § 38 HOAI n.F. ersichtlich in Leistungsphasen zusammengefasst sind. Dabei werden die einzelnen Leistungen jeder Leistungsphase in der dem jeweiligen Leistungsbild zugehörigen Anlage, beginnend ab der Anlage 4 und endend mit der Anlage 14, geregelt.

I.1.a) Aus Besonderen Leistungen werden Grundleistungen - Systemstimmigkeit?

Bei dem Begriff der Besonderen Leistungen ist es verblieben (§ 3 Abs. 3 HOAI n.F.) Sie sind in der Anlage 2 aufgeführt, wobei die Aufzählung nicht abschließend ist. Der Punkt 2.6 listet die Besonderen Leistungen des Leistungsbildes Gebäude und raumbildende Ausbauten auf und nennt unter Punkt 2.6.5, Punkt 2.6.6 sowie Punkt 2.6.7 sogenannte „sternchenindizierte Besondere Leistungen“. Das entspricht der bisherigen in § 15 Abs. 2 Nr. 5 und 6 HOAI a.F. getroffenen Regelung und zwar auch insoweit, als in der Fußnote auf folgendes aufmerksam gemacht wird: „Diese Besondere Leistung wird bei Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm ganz oder teilweise Grundleistung. In diesem Fall entfallen die entsprechenden Grundleistungen dieser Leistungsphase, soweit die Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm angewandt wird.“ Damit taucht also – widersprüchlich zum Ansatz der Neufassung der HOAI - der verworfene Begriff der Grundleistung wieder auf. Gleiches geschieht unter Punkt 2.10 Leistungsbild Tragwerksplanung bei Punkt 2.10.5, wonach gemäß der Fußnote der Beitrag zur Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm des Objektplaners bei Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm Grundleistung wird. Da-

mit entfallen die – gewöhnlichen - Grundleistungen dieser Leistungsphase. Stimmigkeit wird auch vermisst, weil in der Anlage 1 die dortigen Leistungen Umweltverträglichkeitsstudie (Punkt 1.1), Leistungen für Wärmeschutz (Punkt 1.2.2), Leistungen für Schallschutz und Raumakustik (Punkt 1.3.2 und Punkt 1.3.5), sowie Leistungen für Bodenmechanik, Erd- und Grundbau (Punkt 1.4.2) und die Vermessungstechnischen Leistungen (Punkt 1.5.4 und 1.5.7) den Begriff der Grundleistungen noch kennen und zwischen solchen sowie den Besonderen Leistungen unterscheiden. Diese Begrifflichkeiten, bei denen es also in der Anlage 2 und der Anlage 1 verblieben ist, betreffen die Systemstimmigkeit, die damit nicht in vollem Umfang gegeben ist.

I.1.b) Honorierung der umgewandelten Besonderen Leistungen

Wenn auf diese Weise nach „Vorgaben“ der Anlage 2 in den genannten Punkten „Besondere Leistungen“ „Grundleistungen“ werden, stellt sich das Problem der Vergütung. Für Besondere Leistungen sieht § 3 Abs. 3 HOAI n.F. vor, dass das Honorar für Besondere Leistungen frei vereinbart werden kann. Demgegenüber gibt es nach dem Verordnungstext keine Honorarvorgaben für „Grundleistungen“, sondern nur für „Leistungen“. Generell stellt sich die Frage, ob derartige „zu Grundleistungen umgewandelte Besondere Leistungen“ nach den für die Besonderen Leistungen geltenden Honorierungsregeln – freie Honorarvereinbarung - vergütet werden? Zudem stellt sich die Frage, ob die „Umwandlungsregelung“ in den Fußnoten zu den einschlägigen Punkten der Anlage 2, wo die Besonderen Leistungen aufgelistet sind und wonach aus den Besonderen Leistungen Grundleistungen werden, verbindlich und damit wirksam ist. Diese Texte sind sämtlich aus dem bisher verbindlichen Normtext der HOAI a.F. in eine unverbindliche Anlage 2 übernommen worden. Die Unverbindlichkeit der Anlage 2 kann aus der Bundesrats-Drucksache 395/09, Seite 142, entnommen werden, wonach diese Anlage 2 Kann-Vorschriften als eine Art Orientierungsgeländer enthält. Jedenfalls enthält die Anlage 2 in den oben unter a) genannten Punkten keine gesetzliche Regelung, die aus den ja auch nicht verbindlich angeführten Besonderen Leistungen Grundleistungen und damit im Sinne der Neufassung Leistungen machen könnte. Diese „Umwandlung“ mag durchaus sinnvoll sein, sie ist jedoch nur durch Auslegung des konkreten Architektenvertrages zu erreichen, womit diese „Umwandlung“ vom Vertragswillen der Parteien getragen sein muss.

Kommt man auf diese Weise zur Einordnung als „Leistung“, gelten die verbindlichen Preisregeln des jeweiligen Leistungsbildes, womit keine totale, sondern eine an § 7 Abs. 1 HOAI n.F. zu messende Honorarvereinbarungsfreiheit herrscht.

Die festzustellende Unsicherheit sollte Anlass sein, bei Fallgestaltungen, die nach der Anlage 2 sternchenindizierte Besondere Leistungen auslösen – das sind Tatbestände der Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm im Leistungsbild Gebäude und raumbildende Ausbauten sowie Tragwerksplanung – eine eigenständige vertragliche Regelung zu treffen. Fehlt diese, entstehen Auslegungsfragen wie auch die Möglichkeit, das, was die Anlage jeweils in der Fußnote vorsieht, als im Sinn des § 632 Abs. 2 BGB üblich anzusehen.

I.2 Besondere Leistungen und Zuschlagsregelungen

Die Regelung in § 3 Abs. 3 HOAI, deren Folge die Honorarvereinbarungsfreiheit ist, wirft im Zusammenhang mit der Zuschlagsregelung in § 35 HOAI n.F. bei Umbauten und Modernisierungen Auslegungsfragen auf. Abgesehen davon, dass diese Vorschrift sprachlich unsauber ist (vgl. nachfolgend unter Ziffer 4.), entsteht nämlich bei Vereinbarung eines Zuschlags die Frage, ob sich eine solche Vereinbarung lediglich auf die „Leistungen“ oder auch auf die Besonderen Leistungen erstreckt. § 35 HOAI sieht vor, dass für Leistungen bei Umbauten und Modernisierungen für Objekte ein Zuschlag bis zu 80 % vereinbart werden kann. Nach dem Wortlaut der Vorschrift betrifft dies die Leistungen i.S.d. § 3 Abs. 2, die in den Leistungsbildern erfasst sind. Dazu gehören nach § 3 Abs. 3 HOAI nicht die Besonderen Leistungen.

Wenn die Vertragsparteien lediglich vereinbaren „Der Modernisierungszuschlag beträgt 50 %“, ist wegen der Honorarvereinbarungsfreiheit der Parteien nach § 3 Abs. 3 HOAI nicht ausgeschlossen, eine dermaßen generelle Aussage dahin zu interpretieren, dass die Parteien auch für anfallende Besondere Leistungen diesen Zuschlag vorsehen wollen.

Die festzustellende Unsicherheit ist bei Vertragsschluss durch eine klare Regelung zu vermeiden, indem z.B. formuliert wird, dass der Modernisierungszuschlag für die in dem beauftragten Leistungsbild enthaltenen Leistungen xx % beträgt. Dem kann noch der Zusatz angefügt werden: „Auf eventuell notwendig werdende und beauftragte Besondere Leistungen erstreckt sich diese Vereinbarung nicht.“

I.3 Besondere Leistungen und Wettbewerb – VOF

Die Honorarvereinbarungsfreiheit bei Besonderen Leistungen kann im Rahmen der Vergabe von Planungsleistungen im Wettbewerb und damit auch im Rahmen der VOF einen erheblichen Stellenwert gewinnen. Denn nach § 16 Abs. 3 VOF ist bei der Entscheidung über die Auftragserteilung in der Rangfolge der Entscheidungskriterien der letztgenannte Gesichtspunkt der Preis/das Honorar. Betrifft ein Objekt neben den in § 3 Abs. 1 HOAI n.F. genannten Leistungen angesichts dessen Zuschnitts und der gestellten Anforderungen auch von vornherein eine Vielzahl von Besonderen Leistungen, die im Punkt 2.6 der Anlage 2 angeführt sind, bestimmt sich das Honorar bezüglich der im Leistungsbild enthaltenen Leistungen nach den Honorarparametern der HOAI, womit sämtliche Bewerber abgesehen von dem Honorarsatz im wesentlichen dieselben Honorarparamater einsetzen und das Honorar bestimmen werden. Mit den Besonderen Leistungen, die einer freien Honorarvereinbarung zugänglich sind, können sich im Vergleich der Wettbewerber erhebliche Unterschiede ergeben. Der eine setzt Null an, der Andere einen Prozentsatz des sich ergebenden Honorars, ein Anderer will nach Aufwand unter Benennung eines bestimmten Stundensatzes hinsichtlich der Besonderen Leistungen honoriert werden. Da das sich aus § 7 Abs. 3 HOAI n.F. ergebende Verbot der Mindestsatzunterschreitung angesichts der Honorarvereinbarungsfreiheit für die Besonderen Leistungen nur für die vormaligen Grundleistungen – jetzt Leistungen nach § 3 Abs. Abs. 2 HOAI – gilt, besteht demnach die Möglichkeit, über Honorierungssätze bei Besonderen Leistungen das Honorar als Wertungskriterium bei der Vergabe von Planungsleistungen zu beeinflussen.

I.4 Sprachliche Ungereimtheiten – definitorisch Merkwürdiges

Die Neufassung der HOAI enthält sprachliche Ungereimtheiten und in § 2 eine mehr als merkwürdige Definition des unbestimmten Rechtsbegriffs „anerkannte Regeln der Technik“.

I.4.a) Sprachlich Ungereimtes

Sprachlich ungereimt ist die Formulierung in § 35 Abs.2 HOAI n.F, die wie folgt lautet: „Honorare für Leistungen bei Umbauten und Modernisierungen von Objekten im Sinne des § 2 Nummer 6 und 7 sind nach den anrechenbaren Kosten, der Honorar-

zone, den Leistungsphasen und der Honorartafel, die dem Umbau oder der Modernisierung sinngemäß zuzuordnen ist, zu ermitteln.“ Grammatikalisches bezieht sich der mit „die dem Umbau..“ beginnende Nebensatz auf die Honorartafel. Denn der Nebensatz endet im Singular mit „ist“. Der Umbau oder die Modernisierung kann jedoch nicht der Honorartafel zugeordnet werden, weil die Honorartafel die Honorarsätze bezogen auf die einzelnen Honorarzonen in Ausrichtung an den anrechenbaren Kosten enthält. Der Umbau oder die Modernisierung kann sinngemäß nur der Honorarzone zugeordnet werden. In diesem Sinne ist der Text wohl zu verstehen. Gleiches gilt für § 36 Abs. 2 HOAI n.F.

Sprachlich und inhaltlich schwer verständlich ist § 3 Abs. 2 Satz 2 HOAI n.F. Sprachlich begründet die Neufassung den Begriff der „Leistung“, der die alte Grundleistung ersetzt (§ 3 Abs. 2 Satz 1), belässt es bei der Besonderen Leistung (§ 3 Abs. 3 HOAI n.F.) und formuliert in Satz 2 den Begriff der „anderen Leistungen“, die durch eine Änderung des Leistungsziels, des Leistungsumfangs, einer Änderung des Leistungsablaufs oder anderer Anordnungen des Auftraggebers erforderlich werden, und mit der Rechtsfolge verknüpft werden, dass sie per definitionem als von den Leistungsbildern nicht erfasst angesehen werden und gesondert frei zu vereinbaren und zu vergüten sind. Die Rechtsfolge der freien Vereinbarkeit erstreckt sich dem Wortlaut nach offenkundig auch auf die Vergütung, wobei die Regelung der Formulierung wegen einen Anspruch auf eine Vergütung verschafft. Mit solchen Vorgaben, die sich in § 7 Abs. 5 HOAI wiederholen, greift das Honorarrecht als Preisrecht in das Vertragsrecht ein, womit sich die Frage verbindet, ob derlei von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt ist. Sprachlich ist der Genitiv bei „einer Änderung des Leistungsablaufs oder anderer Anordnungen des Auftraggebers“ falsch. Wäre der Genitiv tatsächlich gewollt, dann wäre eine andere Leistung eine Änderung einer Änderung des Leistungsablaufs. Die Vorschrift ist sprachlich wohl so zu lesen: „Andere Leistungen, die durch eine Änderung des Leistungsziels, des Leistungsumfangs, eine Änderung des Leistungsablaufs oder andere Anordnungen des Auftraggebers erforderlich werden, sind von den Leistungsbildern nicht erfasst und gesondert frei zu vereinbaren und zu vergüten.“

Inhaltlich ist die Regelung ihrer Rechtsfolgen dann schwer verständlich, wenn wegen einer Änderung des Leistungsziels – z.B. bisher nur Wohnungen, nunmehr sollen anstelle von Wohnungen in den ersten Etagen auch Büros und Praxen geplant wer-

den – in Leistungsbildern geregelte Leistungsphasen ganz oder teilweise wiederholt werden müssen. Bisher war das Problem unter dem Begriff der wiederholten Grundleistung mit der Folge bekannt, dass die Leistungen auch nach dem HOAI-Gebührenrecht vergütet werden. Soll das nunmehr nicht mehr gelten? Dem Wortlaut nach ist das zu bejahen. Hierauf wird unter Ziff. III. 1 noch einmal eingegangen.

I.4.b) Definitorisches - § 2 Nr. 12 HOAI n.F.

Aus welchen Gründen die Neufassung in § 2 Nr. 12 den Begriff der fachlich allgemein anerkannten Regeln der Technik für die Anwendung der Verordnung neu definiert, nämlich auf die schriftlich Fixierung und darauf abhebt, dass ausreichend ist, wenn deren Bewältigung nach herrschender Auffassung in überschaubarer Zeit bevorsteht, ist nicht verständlich. Die praktische Anwendung dürfte hinsichtlich dieser Voraussetzung einem Spiel mit ungewissem Ausgang gleichen. Die Vorschrift muss in Verbindung mit § 4 Abs. 1 HOAI gelesen werden. Danach tritt die Bestimmung der anrechenbaren Kosten nach Maßgabe der fachlich allgemein anerkannten Regeln der Technik dann zurück, wenn in der Verordnung die DIN 276 in Bezug genommen wird. In der Verordnung selbst – dem eigentlich normativen Teil - erfolgt eine solche Bezugnahme jedoch überhaupt nicht. Im Teil 3, Objektplanung, wird die DIN 276 im Abschnitt 1 nicht genannt, was so auch nicht im Teil 4, Abschnitt 1 und Abschnitt 2 erfolgt. Die Nennung erfolgt für das Leistungsbild Gebäude und raumbildende Ausbauten in der Anlage 11 in den Leistungsphasen 2, 3, 7 und 8 und für das Leistungsbild Technische Ausrüstung in der Anlage 14 bezüglich derselben Leistungsphasen. Die in § 4 Abs. 1 Satz 3 HOAI verwendete Formulierung „Wird in dieser Verordnung die DIN 276 in Bezug genommen“ wird jedoch von vornherein nicht dahin verstanden werden dürfen, dass maßgeblich der verbindliche Verordnungstext sein soll. Die Verordnung besteht nach der Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt aus dem materiellen Gesetz mit den §§ 1 – 56 und 14 Anlagen. Diese Anlagen gehören wohl zur Verordnung i.S.v. § 4 Abs. 1 Satz 3 HOAI n.F. unabhängig von ihrer jeweiligen Qualität hinzu.

Der Begriff der fachlich allgemein anerkannten Regeln der Technik spielt bezüglich der Kostenermittlung eine Rolle bei den Leistungen Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen. Denn die insoweit einschlägigen Anlage 12 kann für die dort angeführten Kostenermittlungsverfahren nicht auf die DIN 276 verweisen, die in der gegen-

wärtigen Fassung 276-1:2008-12 für Hochbauten einschlägig ist, nicht aber für Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen. Insoweit sind die fachlich allgemein anerkannten Regeln der Technik einschlägig, wie sie in der Neufassung der HOAI von § 2 Nr. 12 HOAI definiert werden. Die Begriffsbestimmung erfolgt völlig eigenständig in Abweichung vom Verständnis des unbestimmten Rechtsbegriffs „allgemein anerkannten Regeln der Technik“ im Baubereich. Werner⁴ beschreibt die allgemein anerkannten Regeln der Technik im Baubereich dahin, dass sie die Summe der im Bauwesen anerkannten wissenschaftlichen, technischen und handwerklichen Erfahrungen sind, die durchweg bekannt und als richtig und notwendig anerkannt sind. Hinsichtlich der Anerkennung ist auf die einschlägigen Fachkreise, nämlich den Kreis der betreffenden Techniker abzustellen. Kamphausen⁵ hat anschaulich formuliert: „Anerkannte Regeln der Technik bezeichnen allgemein solche qualifizierten Technikregeln, die von einer hinreichend großen Zahl kompetenter Fachleute des betreffenden Sachgebiets deshalb getragen und akzeptiert werden, weil ein Konsens darüber besteht, dass die Regel richtig, zur Zweckerreichung geeignet und das mit der Regelbefolgung erzielbare Ergebnis brauchbar und praxisbewährt ist.“ Die Legaldefinition in § 2 Nr. 12 HOAI n.F. löst sich von solchen Zusammenhängen allein schon dadurch, dass das „Anerkennungsgremium“ erstreckt wird auf den Verbraucher und die öffentliche Hand. Auch die Notwendigkeit der schriftlichen Niederlegung ist ein Ausdruck dessen, dass der Ordnungsgeber - nach den Materialien gestützt auf das Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 3. Aufl., Rn. 255⁶ - bewusst einen eigenen Weg beschreitet. Ob allerdings auch bei schriftlich niedergelegten Festlegungen mit einigermaßen sicherer Erfolgsaussicht geprüft werden kann, ob diese Festlegungen nach herrschender Auffassung der beteiligten Fachleute, Verbraucher und der öffentlich Hand die erforderliche Eignung zur Kostenermittlung aufweisen, ist mehr als fraglich.

II Anfragen

Die Neufassung wirft verschiedene Fragen in die Richtung auf, ob die angestrebte Vereinfachung und Transparenz wirklich erreicht worden sind. Außerdem geht es um das Verständnis einzelner für die Praxis bedeutsamer Bestimmungen, wozu das

⁴ Werner/Pastor, Der Bauprozess, 12. Aufl., Rn. 1459.

⁵ Kapellmann/Vygen, Jahrbuch Baurecht 2000, 218, 220

⁶ BR-Drucks. 395/09, 159

Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung im Einführungserlass vom 18.08.2009 eine bestimmte Meinung bereits bezogen hat.

II.1 Verschlinkung – die beratenden Ingenieure aus der HOAI in die Anlage 1

Die HOAI feiert die Neufassung als Verschlinkung. Dieses Ziel wird dadurch erreicht, dass insbesondere die Teile X – XIII in die Anlage 1 verbannt werden, womit für die davon betroffenen Berufsgruppen auch der Allgemeine Teil der HOAI, nämlich die §§ 2 – 16, nicht mehr einschlägig ist. Der Bundesrat hält in seinem Beschluss vom 12.06.2009 diesen Vorgang unter honorarrechtlichen Gesichtspunkten nicht für unbedenklich. Damit hat es jedoch nicht sein Bewenden, denn dieser Vorgang hat für diese Berufsgruppe weiter zur Folge, ausschließlich nach BGB-Regeln behandelt werden, womit eine erhebliche Verschlechterung verbunden ist. Die Honorarvereinbarungsfreiheit, die als Folge für diese Berufsgruppe keinerlei bindendes Preisrecht mehr kennt, und die Unanwendbarkeit der HOAI haben im Bereich der Nebenkosten, der Umsatzsteuer, der Zahlungs-, Fälligkeits- und Verjährungsregeln gravierende Konsequenzen. Die Berufsgruppe der beratenden Ingenieure wird im Vergleich zu Objektplanern und Fachplanern auf eine völlig andere Rechtsbasis verwiesen, was wegen der Vergleichbarkeit der Leistungen beider Berufsgruppen von Hause aus unverständlich ist. Aus welchen Gründen der Verordnungsgeber⁷ den Leistungen Thermische Bauphysik, Schallschutz, Raumakustik, Bodenmechanik und Vermessung die Qualität von Planungsleistungen abspricht und die Einordnung in die „vielfältigen Beratungsleistungen im Wirtschaftsleben“ vornimmt, ist nicht verständlich. Diese Leistungen sind werkvertraglicher Art und diese Berufsgruppen schulden einen Erfolg, der durch Planungsleistungen zu bewirken ist. Der Verordnungsgeber widerlegt sich selbst, wenn er die bisher in den Teilen X – XIII im Verordnungstext alter Fassung enthaltenen Beschreibungen in die – unverbindliche – Anlage 1 – soweit ersichtlich – wortgleich übernimmt. Unter Punkt 1.2.2 (Wärmeschutz) ist von der Erarbeitung eines Planungskonzepts, von der Erarbeitung eines Entwurfs, von der Aufstellung eines Wärmeschutznachweises die Rede. Gleiches wiederholt sich unter Punkt 1.3.2 (Bauakustik) und 1.3.5 (Raumakustik). Planungen entstehen gewöhnlich auf der Grundlage vorausgehender Beratungen, aber die Planungen sind eigenstän-

⁷ BR-Drucks. 395/09, 150

diger Art. Jedenfalls ist es irrig, diesen Leistungen lediglich als Beratungsleistungen zu qualifizieren und sie mit dieser Begründung aus der HOAI zu verbannen. Das widerspricht auch § 1 Abs. 1 IngALG, wonach in der Honorarordnung die Honorare für Leistungen bei der Beratung des Auftraggebers, bei der Planung und Ausführung von Bauwerken zu regeln sind.

Als gravierende Folgen sind zu nennen: Aus der Neufassung der HOAI sind für die beratenden Ingenieure nicht mehr anwendbar: § 14 (Nebenkosten), § 15 (Zahlungen), § 16 (Umsatzsteuer). Ohne Vereinbarung der Erstattung von Nebenkosten, entfällt eine solche. Vereinbarte Honorare oder Honorierungsgrundlagen decken die Nebenkosten ab, wenn eine Nebenkostenvereinbarung nicht abgeschlossen wird. Eine Erstattung der Umsatzsteuer entfällt, wenn in dem Vertrag eine diesbezügliche Regelung nicht vorgesehen wird; denn Preise oder vereinbarte Honorierungsparameter führen nach BGB-Regeln zu Brutto- und nicht zu Nettopreisen. § 15 HOAI n.F. wird ersetzt durch §§ 632a und 641 BGB, was für die beratenden Ingenieure eine weitere bittere Pille ist. Abschlagszahlungen können nicht einfach nach § 15 Abs. 2 HOAI n.F. gefordert werden; vielmehr müssen die Voraussetzungen des § 632a BGB erfüllt sein. Unter welchen Voraussetzungen jedoch der Auftraggeber durch die einzelnen Leistungen einen Mehrwert erlangt, ohne den es nach dieser Bestimmung keine Abschlagszahlung gibt, ist letztlich ungeklärt. Vereinbarungen werden notwendig, wobei zu bedenken ist, dass vorformulierte Regelungen nach § 307 Abs. 2 BGB an § 632a Abs. 1 gemessen werden. Das bedeutet: Einfach einen Abschlagszahlungsplan aufzustellen, genügt nicht, denn zu den vereinbarten Zeiten muss kein Mehrwert vorhanden sein, den der Auftraggeber erlangt hat. § 15 Abs. 2 HOAI n.F. sieht zwar solche Abschlagszahlungsvereinbarungen vor, aber wegen der dekretierten Unanwendbarkeit der Bestimmung für die beratende Ingenieure bildet diese Vorschrift keinen Prüfungsmaßstab. Die Fälligkeit der Schlusszahlung hängt von der rechtsgeschäftlichen Abnahme der erbrachten Leistungen ab und nicht mehr davon, dass die Leistung vertragsgemäß erbracht worden ist, was § 15 Abs. 1 HOAI n.F. vorsieht.

Insgesamt erleiden die beratenden Berufe dadurch, dass seit 18.08.2009 ausschließlich nach BGB-Regeln einschlägig sind, demnach gewaltige Nachteile.

II.2 Verschlankung und die Anlagen überhaupt

Generell stellt sich die Frage, ob die HOAI lediglich deshalb schlanker geworden ist, weil der Normtext auf 56 Paragraphen reduziert wurde. Denn dem Verordnungstext hängen insgesamt 14 Anlagen an. Die Verordnung besteht demnach nicht nur aus dem eigentlichen Verordnungstext, sondern auch aus den Anlagen, wenn diesen auch unterschiedliche Rechtsqualität zugewiesen wird.

Die Verordnung verweist auf diese Anlagen: In § 3 Abs. 1 auf die Anlage 1, in § 3 Abs. 3 auf die Anlage 2, in § 5 Abs. 4 auf die Anlage 3 und bei den einzelnen Leistungsbildern auf die zugehörige Anlage aus dem Paket 4 bis 14. Demnach besteht zwischen dem Normtext und den Anlagen ein gewollter Zusammenhang, wobei über die Rechtsqualität dieser Anlagen im Verordnungstext lediglich an einer Stelle eine ausdrückliche Regelung getroffen wird. Das erfolgt in § 3 Abs. 1 HOAI n.F., wonach die Honorare für Beratungsleistungen in der Anlage 1 zu dieser Verordnung enthalten und nicht verbindlich geregelt sind. Im Sinne der Terminologie der Materialien in der BR-Drucks. 395/09, 142, 143, handelt es sich um unverbindliche Empfehlungen, um ein Orientierungsgeländer oder um Kann-Vorschriften, was bei den einzelnen in der Anlage 1 beschriebenen Leistungen auch erkennbar ist. Denn das Honorar „kann“ nach Maßgabe der dort angeführten Honorierungsparameter vereinbart werden.

Die Anlage 2, auf die in § 3 Abs.3 HOAI n.F. verwiesen wird, ist von den Planern deshalb zu beachten, weil sich aus der Abgrenzung zum Inhalt der Anlagen 4 bis 14 mit den dort aufgeführten Leistungen (vormals Grundleistung) die Einordnung als Besondere Leistung und damit auch die Honorarvereinbarungsfreiheit ergibt. Die Auslagerung beinhaltet damit zwar textlich eine Verschlankung, hat jedoch nicht zur Folge, dass die Anlage 2 - trotz ihrer Unverbindlichkeit – unbeachtlich wäre. Wegen der Rechtsqualität der Anlagen im Allgemeinen ist auf die Ausführungen unter Ziff. III.2. zu verweisen.

Die in die Anlage 3 ausgelagerten bisher im Normtext vorhandenen Objektlisten gewinnen über § 5 Abs. 4 HOAI n.F. Bedeutung. Denn danach ist die Einzonung nach Maßgabe der Bewertungsmerkmale, gegebenenfalls der Bewertungspunkte und anhand der Regelbeispiele in den Objektlisten der Anlage 3 vorzunehmen. Hinsichtlich der Rechtsqualität fehlt im Vergleich zu § 3 Abs. 1 HOAI n.F. eine klare Aussage über die Verbindlichkeit der Regelung (vgl. nachfolgend unter Ziff. III.2.). Jedenfalls

gewinnen die Objektlisten durch den Normtext nach dessen Regelungsaussage an dritter Rangstelle eine Bedeutung.

Was die Anlagen 4 bis 14 anbetrifft, enthalten die einzelnen Leistungsbilder im Normtext – z.B. § 18 Abs. 1, § 19 Abs. 1, § 23 Abs. 1, § 33 Abs. 1, § 38 Abs. 2, § 42 Abs. 1, § 49 Abs. 1, § 53 Abs. 1 HOAI n.F. – den wiederkehrenden Satz: „Die einzelnen Leistungen jeder Leistungsphase sind in Anlage ... geregelt“. Dabei wird die jeweils einschlägige Anlage genannt. Worin die Verschlinkung liegen soll, wenn diese Anlagen nach – unsicherer (vgl. Ziff. III.2.) – Einordnung verbindlich sind, ist nicht verständlich. Denn in diesem Fall sind sie jedenfalls preisrechtlich verbindlich und sind damit in derselben Weise beachtlich, wie wenn sie bei den im Normtext enthaltenen und lediglich nach Maßgabe der einschlägigen Leistungsphasen beschriebenen Leistungsbilder inkorporiert worden wären.

II.3 Vereinfachung - Transparenz

Werden Vereinfachung und damit auch Transparenz erzeugt, wenn der Normtext verschlankt wird und dann doch maßgeblich Teile in Fülle in Anlagen ausgelagert werden? Das ist zu bezweifeln und kann auch bezüglich der Behandlung der Honorarzone dargestellt werden. Die erste Festlegung erfolgt in § 5 Abs. 1 mit gleichsam einer Kurzbeschreibung der Bestimmungsmerkmale für die Honorarzonen. § 5 Abs. 4 Satz 1 HOAI n.F. verweist für die einzelnen Bewertungsmerkmale auf die Honorarregelungen der jeweiligen Leistungsbilder der Teile 2 bis 4. Schließlich verweist § 5 Abs. 4 Satz 2 HOAI n.F. noch auf die Objektliste in der Anlage 3. Der Nutzer blättert damit an insgesamt drei verschiedenen Stellen und gelangt mit der Anlage 3 sogar noch in einen aus der HOAI ausgelagerten Teil.

Gleiches muss bezüglich der Anlagen 2 und 4 – 14 gesagt werden. Der Nutzer blättert z.B. von § 33 und § 38 in die Anlage 11; er blättert von § 53 in die Anlage 14. Wären die Leistungsphasen in § 33, § 38 oder § 53 dort auch mit den Teilleistungen (vormals Grundleistungen) beschrieben worden, könnte wohl niemand die Behauptung aufstellen, hierdurch würde die Handhabung der Vorschriften verkompliziert werden. Wenn dann noch – worauf zurückzukommen ist (vgl. nachfolgend unter Ziffer III.2.) – die Anlagen 4 – 14 in gleicher Weise verbindlich sein sollen, wie der Verordnungstext, dann ist weder eine Verschlinkung noch eine vereinfachte Anwendung erkennbar.

II.4 Kostenberechnungs- /Baukostenvereinbarungsmodell – Folgen bei Teilarchitektur

Das Kostenberechnungsmodell regelt § 6 Abs. 1 und das Baukostenvereinbarungsmodell § 6 Abs. 2 HOAI n.F. Diese Regelung ist ersichtlich auf den Planer zugeschnitten, der mit allen Leitungsphasen eines Leistungsbildes beauftragt wird, hat aber erhebliche Auswirkungen bei Auftragserteilung z.B. lediglich mit der Leistungsphase 8 des § 33 HOAI n.F., also in Fällen der Teilarchitektur.

II.4.a) Kostenberechnungsmodell und Teilarchitektur – Leistungsphase 8

War der objektüberwachende Architekt, der nichts anderes als die Phase 8 zu erfüllen hatte, bisher in der Lage, die Honorarabrechnung nach der Kostenfeststellung vorzunehmen, deren Erledigung zugleich auch seine Aufgabe war, wird dieser Planer nunmehr bei Fehlen einer Baukostenvereinbarung auf die anrechenbaren Kosten verwiesen, die in der Phase 3 durch andere Planer ermittelt worden sind. Der nur mit der Leistungsphase 8 beauftragte objektüberwachende Architekt ist nach der Regelung des § 6 Abs. 2 HOAI n.F. nicht in der Lage, mit seinem Auftraggeber eine eigene Baukostenvereinbarung zu treffen. Denn gewöhnlich liegen zum Zeitpunkt seiner Beauftragung bereits Planungen Dritter als Voraussetzung für eine Kostenschätzung oder eine Kostenberechnung vor. Die Neuregelung hat deshalb ersichtlich zur Folge, dass die in der Phase 3 durch den Objektplaner ermittelten Kosten auch für den nur objektüberwachenden Planer - beauftragt allein mit der Phase 8 – maßgeblich sind. Denn der Verordnungsgeber stellt in § 6 HOAI n.F. nicht auf den im Einzelfall beauftragten Leistungsumfang ab, sondern normiert eine abstrakt/generelle Regelung.

Das hat für den nur objektüberwachenden Architekten erhebliche Konsequenzen, die mit Dokumentationsaufgaben und dem Umgang mit § 3 Abs. 2 Satz 2 und § 7 Abs. 5 HOAI n.F. zu tun haben. Denn bestätigt die Kostenfeststellung im Vergleich zur Kostenberechnung andere Kosten, ist die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der objektüberwachende Architekt einen Anspruch auf eine höhere Vergütung hat. Die Voraussetzungen beschreibt § 7 Abs. 5 HOAI: Entscheidend ist, ob sich der beauftragte Leistungsumfang auf Veranlassung des Auftraggebers mit Auswirkungen auf die anrechenbaren Kosten ändert. An sich bleibt der an dem Beschrieb in der

Anlage 11 ausgerichtete Leistungsumfang erhalten, wenn der Auftraggeber z.B. Materialien austauscht oder eine andere Konstruktion vorsieht. Für den objektüberwachenden Architekten ist Anlage 11 Leistungsphase 8 a) einschlägig mit der Formulierung: „Überwachen der Ausführung des Objekts auf Übereinstimmung mit der Baugenehmigung oder Zustimmung, den Ausführungsplänen und den Leistungsbeschreibungen sowie mit den allgemein anerkannten Regeln der Technik und den einschlägigen Vorschriften.“ Aber die veranlassten Material- oder Konstruktionsänderungen können Einfluss auf die anrechenbaren Kosten haben, die der Objektplaner mit Wirkung auch für den nur objektüberwachenden Architekten ermittelt hat. Also besteht dringender Handlungsbedarf für den Objektüberwacher einschließlich Dokumentationsbedarf, um sich die Voraussetzungen zu schaffen, über § 7 Abs. 5 HOAI ein erhöhtes Honorar zu erhalten.

Dieser Architekt muss über die Kostenberechnung als den Ausgangspunkt wie auch über den Kostenanschlag verfügen; er muss anhand von Leistungsbeschreibungen und Planunterlagen das sich hieraus ergebende Anforderungsprofil kennen, um im Verlauf der Ausführung durch irgendwelche Änderungen sich ergebende Kostenfolgen beurteilen zu können. Die Neufassung der HOAI fordert in § 7 Abs. 5 eine schriftliche Honoraranpassungsvereinbarung; selbst wenn bei deren Fehlen der Honoraranspruch nicht scheitern wird, weil dann der Anspruch des Planers unmittelbar auf das geänderte Honorar und nicht lediglich auf den Abschluss einer Honorarvereinbarung geht,⁸ steht der allein mit der Objektüberwachung nach § 33 HOAI – Leistungsphase 8 - beauftragte Architekt vor erheblichen Nachweisschwierigkeiten.⁹

Das rechtfertigt die Frage, ob es nicht sinnvoll ist, das Kostenberechnungsmodell bei Teilbeauftragungen dahin aufzuweichen, dass dann das Kostenermittlungsverfahren maßgeblich ist, das für den Teilauftrag kennzeichnend ist.

In Fällen der Teilarchitektur werden Planer sehr wahrscheinlich versuchen, die anrechenbaren Kosten nach Maßgabe des Kostenermittlungsverfahrens als Berechnungsgrundlage zu vereinbaren, das in den beauftragten Leistungsphasen durchzuführen ist. Eine solche Vereinbarung scheitert nicht an § 6 Abs. 1, 2 HOAI, weil diese Regelung nach dem Verständnis des BGH nicht als Verbotstatbestand zu qualifizieren

⁸ Vgl. BGH, Urte. v. 10.05.2007 - VII ZR 288/05, BauR 2007, 1592.

⁹ Vgl. BGH, Urte. v. 10.05.2007 - VII ZR 288/05, BauR 2007, 1592.

ren ist.¹⁰ Entscheidend ist allein, ob das sich letztlich aus einer solchen Vereinbarung ergebende Honorar gem. § 7 Abs. 3, 4 HOAI n.F. innerhalb der durch Mindest- und Höchstsätze vorgegebenen Honorarspanne liegt oder Unter- bzw. Überschreitungen zulässig sind.

II.4.b) Baukostenvereinbarungsmodell und Teilarchitektur sowie Fachplanungsleistungen

Abgesehen von der allgemeinen Rätselhaftigkeit dieses Modells und seinen Gefahren für die Planer entsteht die Frage, wie sich eine Baukostenvereinbarung, die ein nicht mit allen Leistungsphasen beauftragter Objektplaner mit einem Auftraggeber eingeht, auf in der Abwicklungsfolge anderweitig beauftragte Planer, z.B. den allein mit der Phase 8 des § 33 HOAI oder mit Fachplanungsleistungen beauftragten Planer, auswirkt. Entsteht Bindungswirkung oder bindet diese Vereinbarung nur die an der Vereinbarung Beteiligten? Averhaus¹¹ verneint die Bindungswirkung allein schon deshalb, weil es um unterschiedliche Vertragsverhältnisse geht. Dieser Aspekt allein trägt nicht.

II.4.b) aa) Baukostenvereinbarung als bloße Honorarabrechnungsvereinbarung

Von erheblichem Stellenwert ist, dass die Vereinbarung von Baukosten, also eine in Verbindung mit der HOAI stehende Baukostenvereinbarung, ausschließlich honorarrechtlichen Stellenwert hat. Diese Vereinbarung darf nicht mit einem Kostenlimit oder einer sonstigen Beschaffenheitsvereinbarung hinsichtlich des Objekts, dessen mangelfreies Entstehenlassen der Architekt durch Planung, Koordinierung und Überwachung nach Maßgabe des geschlossenen Vertrages übernommen hat, verwechselt werden. Die Verknüpfungsmöglichkeit mit einem Kostenlimit¹² oder einem Kosten-

¹⁰ BGH, Urt. v. 17.04.2009 - VII ZR 164/07, BauR 2009, 1162; BGH, Urt. v. 16.12.2004 - VII ZR 16/03, BauR 2005, 735.

¹¹ NZBau 2009, 473, 476.

¹² Vgl. BGH, Urt. v. 21.08.1997 - VII ZR 13/96, BauR 1997, 1062, 1064; OLG Köln, Urt. v. 12.01.2007 - 19 U 128/06, BauR 2008, 697; OLG Naumburg, Urt. v. 11.04.2001 - 2 U 100/99, BauR 2001, 1200.

rahmen¹³ muss im Vertrag im Ansatz vermieden werden. Die Baukostenvereinbarung muss deutlich dem Teil des Architektenvertrages zugeordnet werden, der sich mit dem Honorar befasst. Eine Verknüpfung mit den werkvertraglichen Elementen des Architektenvertrages muss vermieden werden. Im Allgemeinen dürfte sich auch empfehlen, die Baukostenvereinbarung um eine präzisierende Feststellung zu ergänzen, dass mit dieser Vereinbarung allein eine Berechnungsgrundlage für das Honorar geschaffen und damit kein Versprechen verbunden wird, das Projekt werde nicht teurer als der in der Baukostenvereinbarung genannte Betrag. Eine Baukostenvereinbarung erweist sich auch nicht als Kostenanschlag gem. § 650 BGB.¹⁴ Das scheidet deshalb aus, weil der Architekt bei einem auf der Grundlage eines Kostenanschlages zustande gekommenen Architektenvertrag wegen dieses Kostenanschlages verpflichtet ist, auf die Einhaltung der genannten Kosten zu achten. Eine Baukostenvereinbarung als bloße Honorarvereinbarung enthält keinerlei werkvertraglich verpflichtende Elemente und verfolgt nicht zugunsten des Auftraggebers umfassende Kostensicherheitsinteressen. Diese sind allein dem werkvertraglichen Teil des Architektenvertrages zu entnehmen. Mit Abschluss einer Baukostenvereinbarung sagt der Architekt dem Auftraggeber lediglich zu, sich bei der Honorarabrechnung an die vereinbarten Baukosten als Basis der anrechenbaren Kosten zu halten. Die Baukostenvereinbarung ist kein Versprechen, dass das Bauwerk nicht teurer wird als die vereinbarten Baukosten.

Die Baukostenvereinbarung bildet die Grundlage für eine Honoraranpassung nach den sich aus § 7 Abs. 5 HOAI ergebenden Regeln. Ausgangspunkt für Änderungen des beauftragten Leitungsumfangs ist der Architektenvertrag, dem – davon geht die HOAI offenkundig aus – ein Anordnungsrecht des Auftraggebers immanent ist. Dieser Vertrag und nicht die Baukostenvereinbarung ist auch die Basis für die Verpflichtung des Architekten, den Auftraggeber auf mit Änderungen eventuell verbundene Kostensteigerung aufmerksam zu machen. Danach schuldet der Architekt dem Auftraggeber eine zutreffende Beratung über die voraussichtlichen Baukosten.¹⁵ Die Ergebnisse der Kostenermittlungsverfahren und ein mit dem Auftraggeber vereinbarter

¹³ OLG Naumburg, Urte. v. 11.04.2001 - 2 U 100/99, BauR 2001, 1200; KG, Urte. v. 18.04. 2002 - 27 U 7390/00, BauR 2002, 1425, 1426.

¹⁴ Vgl. OLG Düsseldorf, Urte. v. 06.12.2002 - 5 U 28/02, BauR 2003, 1604.

¹⁵ BGH, Urte. v. 11.11.2004 - VII ZR 128/03, BauR 2005, 400, 402 = NZBau 2005, 159.

Kostenrahmen oder ein Kostenlimit liefern Anhaltspunkte für die Erfüllung dieser aus §§ 631, 633 BGB folgenden Verpflichtung, auf Kostensicherheit zu achten.¹⁶ Die Baukostenvereinbarung ist kein das Objekt selbst betreffendes Kostensicherheitsversprechen, sondern liefert lediglich eine Grundlage für die Ermittlung der Baunebenkosten nach der Kostengruppe 731 der DIN 276-1:2008-12 (Kosten für die Planung und Überwachung der Ausführung im Bereich der Gebäudeplanung).

II.4.b) bb) Baukostenvereinbarungsmodell verdrängt das Kostenberechnungsmodell

Ist nach § 6 Abs. 2 HOAI n.F. eine Baukostenvereinbarung getroffen worden, ist der diese Vereinbarung abschließende Architekt nicht mehr in der Lage, nunmehr die anrechenbaren Kosten nach § 32 Abs. 1 und 2 HOAI zu berechnen. Das wäre der Rückgriff auf das Kostenberechnungsmodell. Ist eine Baukostenvereinbarung zustande gekommen, gilt diese und nicht mehr das Kostenberechnungsmodell. Allerdings können die Parteien die Geltung der Baukostenvereinbarung beschränken. Die Regelung eröffnet eine Vereinbarungsmöglichkeit der vertragsschließenden Parteien hinsichtlich des Honorars; die Wirkung der Baukostenvereinbarung z.B. auf die Leistungsphasen 1 bis 4 zu beschränken und vorzusehen, dass die Phasen 5 bis 8 nach der Kostenfeststellung abgerechnet werden, ist möglich. § 6 Abs. 2 HOAI n.F. wird in Ausrichtung an der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung kein Verbotstatbestand sein.¹⁷ Solche und ähnlich gesplittete Vereinbarungen über anrechenbare Kosten werden sich letztendlich nur daran messen lassen müssen, ob das sich ergebende Honorar auf der Grundlage der anrechenbaren Kosten nach der Kostenberechnung innerhalb der sich aus § 7 HOAI n.F. ermittelbaren Mindest- und Höchstsätze bewegt.

¹⁶ BGH, Urt. v. 11.11.2004 - VII ZR 128/03, BauR 2005, 400, 402 = NZBau 2005, 159.

¹⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 16.12.2004 - VII ZR 16/03, BauR 2005, 735 = NZBau 2005, 285; BGH, Urt. v. 17.04.2009 - VII ZR 164/07, BauR 2009, 1162 = NZBau 2009, 450.

II.4.b) cc) Anwendungsbereich einer vom Objektplaner geschlossenen Baukostenvereinbarung

Wenn *Averhaus*¹⁸ eine zustande gekommene Baukostenvereinbarung auf die Vertragsschließenden beschränkt, bleiben Auslegungsmöglichkeiten und - Auslegungserfordernisse auf der Strecke. Allerdings erfolgt allein deshalb, weil die Baukostenvereinbarung im Allgemeinen Teil - § 6 Abs. 2 HOAI n.F. – geregelt ist, keine Erstreckung auf andere Planer. Denn § 6 Abs. 2 nennt ausdrücklich die Vertragsparteien, die sich auf diesen Abrechnungsmodus in Abweichung von der Regel – Kostenberechnung – einigen. Die Baukostenvereinbarung erweist sich als Vertrag der Parteien, dass das Honorar nach Maßgabe dieser Vereinbarung und gerade nicht nach den anrechenbaren Kosten gemäß Kostenberechnung ermittelt wird.

Werden bezüglich des Objekts mit anderen Planern Planungsverträge geschlossen, ist es im Einzelfall eine Frage der Auslegung, ob die mit einem Objektplaner geschlossene Baukostenvereinbarung gleichsam „fortgelten“ soll. Das trifft jedenfalls auf den singularär mit der Leistungsphase 8 des § 33 HOAI beauftragten objektüberwachenden Architekten zu. Seine Aufgabe ist in diesem Verwirklichungsstadium gerade darauf zu achten, dass die Baukosten eingehalten werden, weswegen er die tatsächlichen Kosten festzustellen und Kostenkontrolle vorzunehmen ist. Es wäre nicht sinnvoll, den nur planenden Architekten nach Maßgabe der Baukostenvereinbarung zu honorieren und den nur objektüberwachenden Architekten nach Maßgabe der Kostenberechnung. Selbstverständlich haben die Parteien bei Abschluss eines Objektüberwachungsvertrages die Möglichkeit die Honorarberechnungsgrundlage zu bestimmen, wobei eine eigene Baukostenvereinbarung zwischen dem Auftraggeber und dem objektüberwachenden Planer deshalb ausscheidet, weil die Planungen und Kostenberechnungen bereits vorliegen (§ 6 Abs. 2 HOAI). Wird keine besondere Vereinbarung getroffen, stellt sich die Frage, ob die vom planenden Architekten ermittelten anrechenbaren Kosten oder eine geschlossene Baukostenvereinbarung maßgeblich sind. Erhält ein Architekt einen Stufenvertrag und wird im Rahmen der ersten Stufe, nämlich innerhalb der Lph 1 eine Baukostenvereinbarung geschlossen, dürfte kein Zweifel bestehen, dass diese Vereinbarung über alle weiteren Stufen auch ohne Rücksicht darauf gilt, ob die Parteien hierauf noch einmal zurückkommen.

¹⁸ NZBau 2009, 473, 476.

Bei Beauftragung eines vom planenden Architekten verschiedenen Objektüberwachungsbüros gilt bei fehlender anderweitiger Vereinbarung nichts anderes. Zwar ist dieses Büro nicht Partei der Baukostenvereinbarung. Nach deren Sinn verfolgt der Auftraggeber jedoch die Absicht, das Honorar nach der getroffenen Baukostenvereinbarung zu bestimmen. Bei Fehlen einer mit dem Objektüberwachungsbüro abweichend geschlossenen Honorarvereinbarung führt eine interessengerechte Auslegung des Vertrages dazu, dass diese Honorarvereinbarung nach dem Willen des Auftraggebers fortgelten soll. Ein Auftraggeber wird generell jedenfalls hinsichtlich eines Leistungsbildes, dessen Erbringung über Teilarchitekturverträge gesteuert wird, kein Interesse haben, das Honorar bezüglich der anrechenbaren Kosten nach verschiedenen Parametern zu bestimmen. Bezüglich anderer Leistungsbilder muss gleiches nicht gelten.

Im Übrigen, nämlich hinsichtlich der Geltung für eingeschaltete Fachplaner einschließlich Tragwerksplaner wird die entscheidende Frage sein, ob und inwieweit Fachplaner bei der vom Objektplaner mit dem Auftraggeber geschlossenen Baukostenvereinbarung eingeschaltet sind.

Die Problematik besteht darin, dass eine Baukostenvereinbarung die Festlegung nachprüfbarer Baukosten beinhaltet, worin nicht notwendig und davon abzugrenzen eine Beschaffenheitsvereinbarung oder ein Baukostenlimit zu sehen ist. Die Baukostenvereinbarung erweist sich als die Schaffung einer Honorarberechnungsgrundlage ohne dass damit auch die kostenmäßige Qualität des Werks i.S.v. § 633 Abs. 2 BGB beschrieben wird. Wenn nach der Begründung¹⁹ der Abschluss einer solchen Baukostenvereinbarung voraussetzt, dass beide Vertragspartner über den gleichen Informationsstand und das gleiche Fachwissen verfügen, können nachprüfbare Baukosten bei anspruchsvolleren Objekten nur unter Beteiligung von Fachplanern festgelegt werden. Dafür spricht auch die DIN 18205 – Bedarfsplanung –, die sich informativ in der Anlage C unter Ziff. 3.5 mit Aspekten der Technischen Gebäudeausrüstung und in Ziff. 3.1 mit dem statischen System befasst. Wenn in der damit gebotenen Weise Fachplaner an der Festlegung der nachprüfbaren Baukosten und damit am Zustandekommen einer Baukostenvereinbarung mitwirken, besteht Anlass, als Folge dieser Mitwirkung und unter Berücksichtigung einer interessengerechten Auslegung von Fachplanungsverträgen anzunehmen, dass die anrechenbaren Kosten

¹⁹ BR-Drucks. 395/09, 164

für diese Fachplaner ebenfalls nach der getroffenen Baukostenvereinbarung unter der Voraussetzung zu bestimmen sind, dass die auf die Fachplanungen entfallenden Ansätze nachprüfbar Teil der Vereinbarung sind und der Fachplanervertrag bezüglich der Festlegung der anrechenbaren Kosten schweigt.

II.5 Positionen des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung

Das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung hat hinsichtlich der anrechenbaren Kosten bei Maßnahmen im Bestand und bezüglich der Auswirkungen der Überleitungsregeln bei Staffilverträgen in dem Einführungserlass vom 18.8.2009 Position bezogen.

II.5.a) Die anrechenbaren Kosten bei Maßnahmen im Bestand

Das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung vertritt zu § 4 und § 35 HOAI n.F. die Auffassung, dass entgegen des Hinweises in der DIN 276-1:2008-12, Ziffer 3.3.6, der Wert der vorhandenen Bausubstanz im Muster 6 der RBBau nicht auszuweisen ist. Die erschwerten Aufwendungen für Leistungen im Bestand werden nach der Darstellung in dem Einführungserlass ausschließlich entsprechend der Regelung des § 35 HOAI n.F. berücksichtigt. Das deckt sich mit den Materialien in der BR-Drucks. 395/09, 190, 193, wonach die bisherige Regelung des § 10 Abs. 3a gestrichen und inhaltlich durch eine weitere Fassung des § 35 berücksichtigt wurde, was zu einer Zusammenfassung der bisherigen streitbesetzten Regelungen führt. Demnach besteht die Vorstellung, dass der zwischen 20 bis 80 % vereinbarungsfähige Zuschlag allein die Erschwerungen bei Planen im Bestand ausgleicht.

Das widerspricht jedoch § 4 Abs. 2 HOAI n.F., wonach bei Maßgeblichkeit der DIN 276-1:2008-12 die anrechenbaren Kosten nach dieser DIN zu ermitteln sind. Die Anlage 11 verweist bezüglich der Kostenermittlungsverfahren auf die DIN 276 und damit gerade auch auf die Ziffer 3.3.6. Diese Ziffer lautet: „Der Wert der vorhandenen Bausubstanz und wiederverwendeter Teile ist bei den betreffenden Kostengruppen gesondert auszuweisen.“

Diese Aussage der DIN-Norm ist beachtlich, wenn die Anlage 11 und damit der dort enthaltene Verweis auf die DIN 276 verbindlichen Charakter aufweist. Für diesen Fall ist das Verhältnis zu § 35 HOAI zu klären. Diese Bestimmung könnte auch dahin ver-

standen werden, dass die Wahl des Bis-Zuschlags in Abhängigkeit von der Höhe der anrechenbaren Kosten den vertragsschließenden Parteien obliegt.

II.5.b) Die Übergangsregelung in § 55 HOAI n.F.

Das Bundesministerium vertritt zu § 55 HOAI unter Bezugnahme auf die Entscheidung des BGH vom 27.11.2008²⁰ die Auffassung, dass auch bei Stufenverträgen nicht die Neuregelung, sondern das bisherige Recht fortgelte, wenn nach Inkrafttreten der Neufassung eine weitere Stufe beauftragt wird. Diese Entscheidung trifft jedoch nicht zu und liefert keine Begründung für diese vertretene Auffassung. Der BGH befasst sich mit der Frage, ob eine in der ersten Stufe schriftlich geschlossene Honorarvereinbarung im Sinne von § 4 Abs. 1 HOAI a.F. bei Auftragserteilung getroffen ist, wenn die zweite Stufe beauftragt wird. Das bejaht der BGH, wenn sich die Parteien für den Fall einer Auftragsvergabe bereits auf ein Honorar geeinigt haben. Dann steht nämlich diese Honorarvereinbarung unter der aufschiebenden Bedingung der Auftragserteilung, erlangt damit Wirksamkeit erst mit dem Eintritt der Bedingung und ist folglich „bei Auftragserteilung“ getroffen.

Nach § 55 HOAI n.F. gilt die Verordnung nicht für Leistungen, die vor ihrem Inkrafttreten vertraglich vereinbart wurden; insoweit bleiben die bisherigen Vorschriften anwendbar. Der Text knüpft auf die vertragliche Vereinbarung von Leistungen und demnach nicht an einer Honorarvereinbarung, sondern am Architektenvertrag an. Bei einem Stufenvertrag wie ihn die RBBau kennen, gibt der Architekt hinsichtlich der nachfolgenden Stufen lediglich ein Angebot ab, das der potentielle Auftraggeber innerhalb einer bestimmten Frist annehmen kann. Erst mit dieser Annahme kommt der Vertrag zustande. Hinzuweisen ist auf die Anlage 10 der RBBau, dort § 4 Ziff. 4.2.1 und 4.2.2, wonach der Auftragnehmer verpflichtet ist, die weiteren Leistungen zu erbringen, wenn der Auftraggeber sie ihm überträgt.²¹ *Osenbrück*²² qualifiziert diese Struktur als ein vertragliches Optionsrecht innerhalb eines zustande gekommenen Rahmenvertrages, bei dem jedoch hinsichtlich der noch nicht abgerufenen Leistungen eine wirksame vertragliche Vereinbarung durch den Rahmenvertrag noch nicht vorliegt. Der Abruf begründet nicht lediglich die Fälligkeit einer bereits bestehenden

²⁰ BGH, Urte. v. 27.11.2008 - VII ZR 211/07, BauR 2009, 264 = NJW-RR 2009, 447.

²¹ Eingeführt mit Erlass des BMVBS vom 01.09.2009.

²² Die RBBau, 4. Aufl. 2004, VM § 3 Rn. 9

aufschiebend bedingten Verpflichtung, sondern bringt die Verpflichtung erst zum Entstehen. Diesen Standpunkt verdeutlicht die Ziffer 4.2.1, wonach weitere Leistungsstufen erst beauftragt werden. Damit hat die Übergangsregelung klar zur Folge, dass bei einer solchen Konstellation bezüglich der zweiten Stufe, die ab 18.8.2009 beauftragt wird, neues Recht zur Anwendung kommt. Denn der Vertrag über die zweite Stufe kommt gerade nicht schon mit der ersten Stufe zu einer Zeit der Geltung der Faltfassung der HOAI zustande.

Das führt nicht zur Unwirksamkeit der getroffenen Vereinbarung, die als bei Auftragserteilung i.S. des § 7 Abs. 1 HOAI geschlossen anzusehen ist. Denn § 55 HOAI ist kein Verbotstatbestand. Entscheidend ist, ob die Vereinbarung die sich aus § 7 Abs. 1 HOAI ergebenden Parameter – Mindest- und Höchstsatz – einhält. Da die Tafelsätze um 10 % angehoben worden sind, kann dies bei einer Vereinbarung auf der Basis von Mindestsätzen die Unwirksamkeit zur Folge haben.

Die Rechtslage wäre anders, wenn der Architektenvertrag bereits über alle Leistungsphasen geschlossen worden ist und der Abruf durch den Auftraggeber lediglich die Fälligkeit der Leistung begründen würde. Bei einem Abrufvertrag kommt hinsichtlich der abgerufenen Leistungen der Vertrag nicht erst durch den Abruf zustande.²³ Bei einem Optionsvertrag verschafft das Optionsrecht die Möglichkeit, durch dessen Ausübung einen Vertrag zustande zu bringen. Zugrunde liegt regelmäßig ein aufschiebend bedingt geschlossener Vertrag, der durch die Optionserklärung unbedingt wird.²⁴ Da damit die Wirkungen erst mit Ausübung der Option eintreten und nach § 159 BGB eine Rückbeziehung ausscheidet, kommt der Vertrag bei Ausübung der Option erst am 18.08.2009 und später, damit also unter der Geltung der Neufassung der HOAI, zustande. Damit gilt für diese Leistungen neues Recht.

Bei Rahmenverträgen kommt es für § 55 HOAI n.F. darauf an, ob dieser Rahmenvertrag hinsichtlich der ins Auge gefassten Objekte erst noch der Ausfüllung durch konkrete Architektenverträge bedarf. Ist das zu bejahen, ist der Zeitpunkt dieser Architektenverträge maßgeblich.²⁵

²³ Vgl. *Kalte/Wiesner*, Ingenieurblatt 2009, Heft 9, 50, 51.

²⁴ *Palandt/Ellenberger*, BGB. 68. Aufl., vor § 145 Rn. 23; *Werner*, in: *Werner/Pastor*, Der Bauprozess, 12. Aufl., Rn. 628.

²⁵ *Werner*, in: *Werner/Pastor*, Der Bauprozess, 12. Aufl., Rn. 628.

III Rätzel

Die Neufassung der HOAI gibt in verschiedener Weise Rätzel auf. Teilweise ergeben sich diese Rätzel aus dem Normtext, teilweise folgen sie aus der Bundesrats-Drucksache.

III.1 Rätzelhaftes im Normtext

Zum Kreis der rätzelhaften Bestimmungen der Neufassung der HOAI gehören § 3 Abs. 2 Satz 2 und § 11 Abs. 1 Satz 2.

III.1.a) § 3 Abs. 2 Satz 2 HOAI n.F.

Die Bestimmung regelt für sog. andere Leistungen wohl als Rechtsfolge, dass diese von den Leistungsbildern nicht erfasst und gesondert frei zu vereinbaren und zu vergüten sind. Andere Leistungen sind solche, die durch eine Änderung des Leistungsziels, des Leistungsumfangs, eine Änderung des Leistungsablaufs oder andere Anordnungen des Auftraggebers erforderlich werden (sprachlich nach Maßgabe der Ausführungen unter Ziff. I. 4. formuliert). Ohne den Nebensatz würde die Vorschrift besagen, dass andere Leistungen nicht von den Leistungsbildern erfasst und gesondert frei zu vereinbaren und zu vergüten sind. Der Sinn des Relativsatzes besagt offenkundig, dass gerade die in dem Nebensatz angeführten Leistungen andere Leistungen mit der Rechtsfolge sind, nicht von den Leistungsbildern erfasst und gesondert frei vereinbar und vergütungsfähig sind. Ohne den Nebensatz sind die anderen Leistungen jene, die nicht in den Leistungsbildern beschriebene Leistungen sind und auch nicht zur Kategorie der Besonderen Leistungen gehören. Mit dem Nebensatz und bei Erfüllung der dort angeführten Voraussetzungen werden aber gerade auch solche in den Leistungsbildern beschriebenen Leistungen zu anderen Leistungen. Mit diesem Sinn wird die Rechtsfolge jedoch in zahlreichen Fällen fatal und beinhaltet im Ergebnis den Verzicht auf die Geltung der Honorierungsregeln für von der HOAI erfasste Leistungen.

Beispiel: Der Auftraggeber entscheidet sich im Verlauf der Leistungsphase 3 doch dafür, von einer Holzständerbauweise auf eine konventionelle Erstellung des Objekts in Beton und Ziegel überzugehen. Das macht es erforderlich im Bereich der Leistungsphasen 1 und 2 dort vom Leistungsbild des § 33 HOAI erfasste Leistungen zu

wiederholen. Sollen jetzt tatsächlich diese Leistungen nach der Anordnung des Verordnungsgebers nicht von den Leistungsbildern erfasst sowie frei vereinbar und vergütungsfähig sein? Gleiches gilt für Änderungen des Leistungsumfangs. Wird die Beschreibung „Änderungen des Leistungsumfangs“ mit § 8 Abs. 1, 2 HOAI n.F. verknüpft, liegen Änderungen des Leistungsumfangs vor, wenn die bisher eingeschränkt beauftragten Leistungsphasen um zusätzliche erweitert werden; gleiches gilt, wenn bisher nicht alle Leistungen einer Leistungsphase Gegenstand des Vertrages waren und nunmehr eine Erweiterung oder Vervollständigung erfolgt. Die Vergütungsfolgen solcher Maßnahmen sind sämtlich durch HOAI-Regeln erfasst; sollen diese tatsächlich nun aus dem Honorierungskonzept der HOAI ausgegliedert werden?

Der Umgang mit der Vorschrift gelingt, wenn auf den Tatbestand der Änderung des Leistungsablaufs abgestellt wird. Denn die HOAI trifft insoweit keinerlei Regelungen. § 21 und § 4 a – dort der Satz 3 – wurden in die Neufassung nicht übernommen, weswegen seitens des Auftraggebers angeordnete Ablaufänderungen ungeregelt sind. Das hat zwanglos zur Konsequenz, dass die Parteien die Honorierungsfolgen solcher Maßnahmen frei vereinbaren können. Die 4. Tatbestandsalternative sind die „anderen Anordnungen“, die – andere – Leistungen erforderlich machen. Dieser Tatbestand erweist sich ersichtlich als eine Art Auffangregelung.

Den Materialien, BR-Drucks. 395/09, 160, kann Näheres hinsichtlich des Anwendungsbereichs und der Anwendungsvorstellungen des Verordnungsgebers nicht entnommen werden. Eine Hilfestellung bietet der Statusbericht 2000plus Architekten/Ingenieure, der sich im Teil 9 Ziffer 9.3.4 mit Störungen der Architekten- und Ingenieurleistungen befasst. Quintessenz der Überlegungen ist auf Seite 9-47 eine Formulierung, die vollständig in § 3 Abs. 2 Satz 2 HOAI n.F. übernommen worden ist. Diese lautet: „Leistungen, die durch eine Änderung des Leistungsziels, des Leistungsumfangs, einer Änderung des Leistungsablaufs oder anderer Anordnungen des Auftraggebers erforderlich werden, sind von den Grundleistungen nicht erfasst.“ Der Statusbericht stellt klar, dass Leistungsänderungen, also nachträgliche Änderungen der vertraglich fixierten Leistungen, nicht in den Grundleistungen einer HOAI 2000plus enthalten sind. Der Statusbericht begreift Änderungen von Leistungszielen, Änderungen des Leistungsumfangs und terminliche Änderungen als Störungen der Architekten- und Ingenieurleistungen. Die weiteren, auf der Seite 9-41 enthaltenen Ausführungen verdeutlichen, dass der Statusbericht der Überzeugung ist, die Grund-

leistungen enthielten keine Regelungen bei Objektänderungen, und die Fiktion des Zusammenhangs von anrechenbaren Kosten und Honoraren bestünde bei Änderungen des Leistungsziels nicht. Die kostenmäßigen Auswirkungen von Objektänderungen, Objektvergrößerungen und Objektverkleinerungen außerhalb des Toleranzrahmens seien vielmehr in Abhängigkeit von dem dafür entstehenden geänderten Leistungsumfang und der geänderten Leistungszeit zu bestimmen.

Damit wird letztlich die Axt angelegt an die Honorierung änderungsbedingter wiederholter Grundleistungen nach Maßgabe der nach dem Leistungsbild einschlägigen Honorierungsparameter. Der Verordnungstext erklärt praktisch, dass wiederholte Grundleistungen oder über den bisherigen Vertragsinhalt hinaus beauftragte, aber durchaus im Leistungsbild geregelte Leistungen doch nicht von den Leistungsbildern erfasst sind und einer freien Honorarvereinbarung unterliegen.

Das ist im Ergebnis rätselhaft, entspricht nicht dem Entwicklungs- und Prozesscharakter eines Architektenvertrages und schafft Streitpotential. Der Begriff „Leistungsstörungen“ ist negativ besetzt. Änderungen im Leistungsziel und im Leistungsumfang sollten bei einem Architektenvertrag auf Grund seiner prozesshaften Züge²⁶ nicht terminologisch negativ mit dem Begriff „Leistungsstörungen“ verknüpft werden. Änderungen im Leistungsziel und im Leistungsumfang sind bei einem Vertrag, der von Stufe zu Stufe fortschreitet, keine Störung, sondern Teil der Entwicklung der Planungsidee und deren Umsetzung. Solche Änderungen sind etwas Normales und sollten deshalb auch nach den „normalen HOAI-Regeln“ vergütet werden. Hat eine Leistungsstörung im Sinne des Statusberichts 2000 plus Architekten/Ingenieure zur Folge, dass von der HOAI geregelte Leistungen geändert oder wiederholt werden müssen, ist nicht ersichtlich, welche Gründe gegen die Anwendbarkeit der Honorarregelungen sprechen. Der Verordnungstext kippt ganz bewusst wiederholte und geänderte geregelte Leistungen aus dem Anwendungsbereich der HOAI und stellt keinerlei Ersatzregelung zur Verfügung. Eine solche ist nicht der Verweis auf die Vereinbarungsfreiheit. Denn wird von dieser kein Gebrauch gemacht, stellt sich die Frage, nach welchen Kriterien die Honorarbestimmung erfolgen soll. Weist ein Architektenvertrag einen dynamischen Charakter auf, der nicht nur von Stufe zu Stufe fort

²⁶ Vgl. Quack in „Rechtsgutachten zu Konzept und inhaltlicher Ausführung einer Vertragsordnung für Architekten- und Ingenieurverträge (VOF/B)“ für den AHO, S. 4, 9, 10; OLG Hamm, Ur. v. 15.08.2006 - 24 U 125/05, BauR 2008, 2062, 2065.

schreitet, sondern auch Änderungen zulässt,²⁷ dürfte es angesichts der Häufigkeit von Änderungen und damit Leistungsstörungen i.S. des Statusberichts nicht sinnvoll sein, für ändernde Leistungen, die sich der Sache nach voll in einem geregelten Leistungsbild bewegen, eine von der HOAI-Regelung total losgelöste, noch dazu freie Honorierung zu normieren. Die VOB/B sieht in § 2 Nr. 5 bei Änderungen des Bauentwurfs mit Auswirkung auf die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung die Bildung eines neuen Preises unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten vor. Ausgangspunkt ist jedoch die ursprünglich vertraglich vereinbarte Vergütung und damit die Urkalkulation.²⁸ Gründe für eine Abweichung von diesem Prinzip sind bei Änderungen im Rahmen der Abwicklung eines Architektenvertrages nicht ersichtlich. Auch da bilden die Honorierungsregeln den zutreffenden Ausgangspunkt, der um den in § 8 Abs. 2 Satz 3 HOAI n.F. zum Ausdruck kommenden Grundsatz ergänzt werden könnte, dass ein zusätzlicher Koordinierungs- und Einarbeitungsaufwand zu berücksichtigen ist.

Die Neuregelung, die auf eine freie Honorarvereinbarung setzt, kann bei ihrem Ausbleiben den Rückgriff auf § 632 Abs. 2 BGB und damit Honorierung nach den Honorierungsparametern des einschlägigen Leistungsbildes auslösen. Das widerspräche jedoch dem eindeutigen Wortlaut des § 3 Abs. 2 Satz 2 HOAI n.F. Nach welchen Regeln sich dann das Honorar ausrichtet, bleibt völlig offen und wird in der Praxis dazu führen, dass jeder Sachverständige sein eigenes Rechenwerk aufmachen wird.

Die in § 3 Abs. 2 Satz 2 HOAI n.F. getroffene Regelung ist zudem mit § 10 HOAI n.F. nicht stimmig. Denn veranlasst der Auftraggeber mehrere Vorentwürfe oder Entwurfsplanungen nach grundsätzlich verschiedenen Anforderungen liegt eine Änderung des Leistungszieles vor, was die Anwendbarkeit von § 3 Abs. 2 Satz 2 HOAI n.F. eröffnet und danach zur Folge hätte, dass das Honorar frei vereinbart werden könnte. Das schließt § 10 aber gerade aus, weil für jede weitere Vorentwurfs- und Entwurfsplanung die anteiligen Prozentsätze der entsprechenden Leistungen vertraglich zu vereinbaren sind. Demnach besteht keine völlige Honorierungsfreiheit, sondern gerade Bindung an die für das Leistungsbild und die erbrachten Leistungen geltenden Honorierungsparameter.

²⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 24.06.1999 - VII ZR 196/98, BauR 1999, 1319, 1322; OLG Nürnberg, Urt. v. 14.12.2001 - 6 U 2285/01, BauR 2002, 976; *Knipp*, in: FS Thode, S. 451 ff.

²⁸ *Kuffer*, in: Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 11. Aufl., § 2 Rn. 166, 167.

III.1.b) § 11 Abs. 1 Satz 2 HOAI n.F.

Satz 2 und Satz 3 dieser Bestimmung begründen eine Ausnahme von dem in Satz 1 statuierten Grundsatz, dass bei einem Auftrag über mehrere Objekte eine getrennte Abrechnung die Regel ist. Die Summe der anrechenbaren Kosten mehrerer Objekte ist bei der Honorarermittlung zugrunde zu legen bei Objekten mit weitgehend vergleichbaren Objektbedingungen derselben Honorarzone, die im zeitlichen und örtlichen Zusammenhang als Teil einer Gesamtmaßnahme geplant, betrieben und genutzt werden. Eine solche im Ergebnis zu einer Honorarminderung führende Regelung kannte die Altfassung in § 22 HOAI a.F. nicht. Die Voraussetzungen hierfür zu konkretisieren und dieser verfolgten Honorarminderung sachgerechte Schranken zu setzen, wird wegen der verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe Schwierigkeiten bereiten. Die Vorschrift geht auf einen Vorschlag des Statusberichts 2000plus Architekten/Ingenieure, Teil 10, Seite 10 – 40 zurück. Unklar ist, was unter dem Begriff „weitgehend vergleichbaren Objektbedingungen“ zu verstehen ist. Der Statusbericht hatte vorgeschlagen: „Umfasst ein Auftrag mehrere Objekte mit weitgehend vergleichbaren Objektbedingungen derselben Honorarzone, die im zeitlichen und örtlichen Zusammenhang unter gleichen baulichen Verhältnissen geplant und errichtet werden sollen, so sind die anrechenbaren Kosten zur Berechnung des Honorars zusammenzufassen; das Honorar ist nach der Summe der anrechenbaren Kosten zu berechnen.“ Der Verordnungstext weicht davon nicht unerheblich ab, weil das Zusammenrechnen danach erfolgt, wenn die Objekte mit weitgehend vergleichbaren Objektbedingungen derselben Honorarzone im zeitlichen und örtlichen Zusammenhang als Teil einer Gesamtmaßnahme geplant, betrieben und genutzt werden. Ein örtlicher Zusammenhang wird bei Planung eines Quartiers bestehen; welcher Zeitrahmen maßgebend ist und worauf sich dieser konkret bezieht, auf die Planung, den Betrieb und die Nutzung, ist nicht ganz sicher. Sprachlich erfasst der Zeitrahmen sowohl die Planung, den Betrieb und die Nutzung, worin durchaus eine nicht unerhebliche Einschränkung der Zusammenrechnung gesehen werden kann. Wird auf den Betrieb und die Nutzung abgehoben, stellt sich die Frage, ob der Architekt im Stadium der Schlussrechnungsstellung oder der Stellung von Abschlagsrechnungen bereits in der Lage ist, diese Basis für die Honorarberechnung beurteilen zu können.

Was ist, wenn bei mehreren Objekten zur Zeit der Schlussrechnungsstellung eines noch nicht in die Nutzung genommen worden ist, es steht leer, Mieter sind abgesprungen und werden nunmehr erst noch gesucht? Kann der Planer jetzt dieses Objekt getrennt abrechnen und muss er diese Rechnung korrigieren, wenn einige Zeit später Mieter gefunden werden und die Frage auftaucht, ob der zeitliche Zusammenhang noch besteht?

Gerade wenn auf die Rechnungsstellung des Architekten abgehoben wird, macht die Vorschrift erkennbar Schwierigkeiten. Der Vorschlag des Statusberichts. Teil 10, Seite 10 – 40, hat dies dadurch vermieden, dass ausschließlich auf die Planung und Errichtung und nicht noch zusätzlich auf den Betrieb und Nutzung abgestellt wurde. Vielmehr kam es nur darauf an, dass die mehreren Objekte mit weitgehend vergleichbaren Objektbedingungen derselben Honorarzone im zeitlichen und örtlichen Zusammenhang unter gleichen baulichen Verhältnisse geplant und errichtet werden sollen. Maßgebend war damit die Planungs- und die Abwicklungsidee und nicht die tatsächliche Abwicklung, worauf jedoch der Verordnungstext abhebt. Wie soll der Planer, der lediglich mit den Phasen 1 bis 4 des § 33 HOAI beauftragt worden ist, wissen, ob die Voraussetzungen für eine Zusammenrechnung vorliegen, wenn er mit dem Betrieb und der Nutzung überhaupt nichts zu tun hat?

III.2 Rätselhaftes in den Materialien – Bundesrats-Drucksache 395/09

Auch die Materialien geben Rätsel auf. Das hat mit der rechtlichen Einordnung der Anlagen 3 bis 14 zu tun. Der Einführungserlass des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung vom 18.08.2000 hebt hinsichtlich der neuen Gliederung der Verordnung unter I. hervor, die HOAI sei in verbindliche und unverbindliche Regelungsbereiche gegliedert worden. Bei den verbindlichen Regelungsbereichen handele es sich um die Teile 1 bis 5 der Verordnung sowie die Anlagen 3 bis 14 (Objektlisten und Leistungsbilder). Der unverbindliche Verordnungstext bestünde aus der Anlage 1 und der Anlage 2.

Die Materialien weisen den unverbindlichen Anlagen den Charakter unverbindlicher Anlagen zu und sprechen von deren Wirkung als Orientierungsgeländer.²⁹ Den vertragsschließenden Parteien soll damit mehr Freiraum gelassen werden. Auf der Seite

²⁹ BR-Drucks. 395/09, 142, 143.

142 ist im 3. Absatz folgendes zu lesen: „Deshalb wird der Anwendungsbereich der Honorarordnung in einen verbindlichen Teil und eine Anlage mit Kann-Vorschriften (ausgenommen die verbindlich geltenden Objektlisten) geteilt, um den Auftraggebern/Auftraggeberinnen sowie Auftragnehmern/Auftragnehmerinnen mehr Freiraum zur Vertragsgestaltung zu lassen.“ Auf der Seite 209 der Bundesrats-Drucksache heißt es zu den Anlagen: „Die Anlagen 1 und 2 behalten bisherige Regelungen und Tafelwerte, die in der novellierten HOAI gestrichen wurden, als unverbindliche Regelungen bei. Die Regelungen in den Anlagen 1 und 2 sollen für die praktischen Anwender als Orientierungshilfe auch zukünftig zur Verfügung stehen. Die Anlagen 3 - 14 enthalten verbindliche Regelungen. Anlage 3 umfasst die Objektlisten. Die Anlagen 4 – 14 ergänzen die Regelungen zu den Leistungsbildern der §§ 18, 19, 23, 24, 25, 26, 27, 33, 42, 49, 53 und beinhalten die einzelnen Leistungen jeder Leistungsphase.“ Die Nennung des Leistungsbildes Freianlagen § 38 ist offenkundig vergessen worden.

Demnach wird auf der Seite 142 als einzige verbindliche Anlage die Anlage 3 und auf der Seite 209 werden die Anlagen 3 - 14 als verbindlich angeführt. Die Frage ist, was gilt? Der Einführungserlass entscheidet sich für die Aussage auf der Seite 209. Letztlich ist maßgebend nur das, was dem Verordnungstext zu entnehmen ist. Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 HOAI n.F. sind die Honorare für Leistungen in den Teilen 2 bis 4 dieser Verordnung verbindlich geregelt. Abgesehen davon, dass auffälligerweise der Teil 1 nicht angeführt wird - worauf unter Ziff. 3 zurückzukommen ist -, stellt § 3 Abs. 1 Satz 2 HOAI n.F. fest, dass die Honorare für Beratungsleistungen in der Anlage 1 zu dieser Verordnung enthalten und nicht verbindlich geregelt sind. Das Partizip Perfekt Passiv des Verbums „regeln“, nämlich „geregelt“ wird demnach im Satz 1 mit dem Adjektiv „verbindlich“ und im Satz 2 mit dem Adjektiv „nicht verbindlich“ verknüpft. Das sind klare Vorstellungen und ist eine klare Aussage hinsichtlich der Anlage 1. Die Anlage 2 enthält gemäß § 3 Abs. 3 HOAI n.F. die Besonderen Leistungen, wobei die Aufzählung nicht abschließend ist und das Honorar für Besondere Leistungen frei vereinbart werden kann. Diese Aussage spricht dafür, dass diese Anlage 2 gleichfalls nicht verbindlich ist. Der Verordnungstext vermeidet die Verwendung des Verbums „regeln“.

Warum die Objektliste in der Anlage 3 verbindlich sein soll, erschließt sich dem Verordnungstext nicht zwingend, ist jedoch nach den Materialien³⁰ so gewollt. Denn § 5 Abs. 4 HOAI n.F. führt in Satz 2 aus, die Zurechnung zu den einzelnen Honorarzonen sei nach Maßgabe der Bewertungsmerkmale, gegebenenfalls der Bewertungspunkte und anhand der Regelbeispiele in den Objektlisten der Anlage 3 vorzunehmen. Wenn die Anlage 3 also nur gegebenenfalls heranzuziehen ist und lediglich Regelbeispiele enthält, spricht diese Intention gegen eine verbindliche Regelung. Jedenfalls verwendet der Verordnungsgeber in § 5 Abs. 4 abweichend von den klaren Aussagen in § 3 Abs. 1 HOAI n.F. die Aussage „verbindlich geregelt“ nicht.

Was nun die Anlagen 4 – 14 betrifft, kehrt in sämtlichen Leistungsbildern (z.B. § 18, § 19, § 33, § 38) stereotyp folgender Satz wieder: „Die einzelnen Leistungen jeder Leistungsphase sind in Anlage ... geregelt“. Dabei wird die jeweils einschlägige Anlage angeführt. Da der Verordnungsgeber in § 3 Abs.1 HOAI das Wort „geregelt“ im Satz 1 mit „verbindlich“ und im Satz 2 mit „unverbindlich“ verknüpft hat, kann allein mit der Formulierung „geregelt“ eine Verbindlichkeitsaussage nicht verbunden werden. Andererseits verwendet der Verordnungsgeber nicht lediglich den Begriff „enthalten“, was als Andeutung gegen eine verbindliche Aussage gewertet werden könnte.

Wenn die Materialien die wesentliche Vereinfachung und das einfachere und transparentere Regelungsmodell loben, womit auch eine Verschlankung der Verordnung verbunden ist, passt in dieses Konzept eher, die Anlagen 4 – 14 für unverbindlich zu halten. Dafür spricht auch, dass nach Seite 161, 1. Absatz, der BR-Drucks. 395/09 die allgemeinen Regelungen zu den Leistungen und Leistungsbildern in den jeweiligen Leistungsbereichen durch die spezifischen Regelungen zu den Leistungsbildern und die Anlagen 4 bis 14 ergänzt werden.

Welcher Verbindlichkeitsgrad diesen Anlagen beizumessen ist, kann von Bedeutung für die Frage sein, welche Zukunft die Teilerfolgsrechtsprechung des BGH³¹ unter der Geltung der Neufassung der HOAI 2009 hat.³²

³⁰ BR-Drucks. 395/09, 142 und 209.

³¹ BGH, Ur. v. 24.06. 2004 - VII ZR 259/02, BauR 2004, 1640 = NJW 2004, 2599.

³² Vgl. nachfolgend unter Ziff. IV.2.

III.3 Regelungsaussage des § 3 Abs. 1 Satz 1 HOAI n.F.

Eigenartig, damit rätselhaft und auslegungsbedürftig ist die Aussage in § 3 Abs. 1 Satz 1 HOAI n.F., wonach die Honorare für Leistungen in den Teil 2 bis 4 dieser Verordnung verbindlich geregelt sind. Der Teil 1 wird ausgeblendet, obwohl der Teil 1 gerade in § 7 bedeutsame Honoraraussagen trifft; dazu gehören auch §§ 9 – 12 HOAI n.F. Die Frage ist, ob mit dieser Aussage eine Abkehr von der Grundaussage der höchstrichterlichen Rechtsprechung³³ verbunden ist, wonach eine Honorarvereinbarung dann unzulässig ist, wenn sie zu einem Honorar führt, das das von der HOAI vorgesehene Mindesthonorar unterschreitet. Nach BGH hat § 22 HOAI a.F. keine Regelung über die Zulässigkeit von Honorarvereinbarungen enthalten. Eine Honorarvereinbarung soll danach nicht unwirksam sein, wenn die Parteien in Anlehnung an die HOAI mehrere Honorarberechnungsfaktoren vereinbaren, einer davon aber von der HOAI abweicht. Unwirksamkeit tritt nur dann ein, wenn das nach der Parteivereinbarung zu ermittelnde Honorar in dem von der HOAI zugelassenen Rahmen liegt. Dieser Rahmen wird durch den Mindest- und den Höchstsatz bestimmt. Damit wurde nach § 4 Abs. 1 HOAI a.F. der Mindestsatz zu dem maßgeblichen Wirksamkeitsparameter. Die Vorschrift bestimmte, dass das Honorar sich nach der schriftlichen Vereinbarung richtet, die die Parteien bei Auftragserteilung im Rahmen der durch diese Verordnung festgesetzten Mindest- und Höchstsätze treffen. Diese Vorschrift findet sich wortgleich nunmehr in § 7 Abs. 1 HOAI. Demnach sind § 3 Abs. 1 Satz 1 und § 7 Abs. 1 HOAI abzustimmen. Wenn das Honorar gem. § 3 Abs. 1 Satz 1 HOAI n.F. verbindlich in den Teilen 2 bis 4 geregelt ist, sich das Honorar aber nach der schriftlichen Vereinbarung richtet, die die Vertragsparteien bei Auftragserteilung im Rahmen der durch diese Verordnung festgesetzten Mindest- und Höchstsätze treffen, dürfte die Fortgeltung der genannten Rechtsprechung gesichert sein. Denn § 3 enthält lediglich den allgemeinen Grundsatz, ohne damit bei Verstoß gegen die in den Teilen 2 bis 4 verbindlichen Honorarregeln die Sanktion der Unwirksamkeit einer solchen Honorarvereinbarung zu verbinden. Die Wirksamkeitsregelung enthält weiterhin allein § 7 Abs. 1 HOAI.

³³ BGH, Urte. v. 16.12.2004 - VII ZR 16/03, BauR 2005, 735 = NZBau 2005, 295.

IV Aussichten

Welche Folgen sich aus der Neufassung ergeben und wie die Aussichten für eine Weiterentwicklung der HOAI zu beurteilen sind, ist differenziert zu beurteilen. Der Bundesrat hat in seiner Empfehlung der Bundesregierung einiges auf den Weg gegeben. Es stellt sich allerdings auch die generelle Frage, in welche Richtung ein Honorarrecht weiter entwickelt werden sollte. Normaussagen wie auch die Anlagen 4 bis 14 sind auch Anlass, eventuelle Auswirkungen auf die Teilerfolgsrechtsprechung des BGH zu bedenken.³⁴

IV.1 Wegweisungen des Bundesrats

Der Bundesrat hat die Bundesregierung in seinem Beschluss vom 12.06.2009 gebeten, bei einer erforderlichen weiteren Modernisierung und redaktionellen Überarbeitung insbesondere eine Modernisierung und Vereinfachung der Leistungsbilder, die Wiederaufnahme der Teile X bis XIII, eine Überprüfung der Honorarstruktur und eine weitere Verschlankeung unter dem Blickwinkel des Wandels des Berufsbildes, der Umweltbelange und der Regeln der Technik zu untersuchen. In dem Beschluss klingt an, dass die in die Anlage 1 ausgelagerten sog. Beratungsleistungen, für die infolge der Neufassung der HOAI keine verbindlichen Honorierungsregeln bestehen, doch wieder in die HOAI aufgenommen werden sollten. Der Bundesrat teilt nicht die Auffassung der Bundesregierung, dass kein Allgemeininteresse für eine verbindliche Regelung der Honorare für Leistungen der örtlichen Bauüberwachung bei Ingenieurbauwerken und Verkehrsanlage und für die in die Anlage 1 ausgegliederten Ingenieurleistungen bestünde.

Das rechtfertigt die Einschätzung, dass nach der Reform zugleich auch vor der Reform ist.

IV.2 Die Zukunft der Teilerfolgsrechtsprechung des BGH

Der Bundesgerichtshof vertritt seit seiner Entscheidung vom 24.06.2004 die Auffassung, dass die Parteien durch Bezugnahme auf die Leistungsbilder oder Leistungsphasen der HOAI diese zum Gegenstand der vertraglichen Leistungspflicht mit der

³⁴ BGH Urt. v. 24.6.2004 - VII ZR 259/02, BauR 2004, 1640 = NJW 2004, 2588.

Folge machen, dass diese Leistungsbilder und Leistungsphasen dann eine Auslegungshilfe zur Bestimmung der vertraglich geschuldeten Leistung darstellen.³⁵ Eine an den Leistungsphasen des § 15 HOAI a.F. orientierte vertragliche Vereinbarung begründet im Regelfall, dass der Architekt die vereinbarten Arbeitsschritte als Teilerfolg des geschuldeten Gesamterfolges schuldet.³⁶ Der Fortbestand dieser Rechtsprechung ist deshalb erörterungsbedürftig, weil die Neufassung der HOAI z.B. im Leistungsbild des § 33 nur die Leistungsphasen ohne Benennung der Arbeitsschritte anführt. Die Arbeitsschritte sind bezüglich des § 33 HOAI in die Anlage 11 ausgelagert. Sind damit bei einem an einem Leistungsbild oder an Leistungsphasen orientierten Vertragsschluss die in der Anlage 11 beschriebenen Arbeitsschritte als Teilerfolg vereinbart oder ist die Anlage 11 geeignet, als Auslegungshilfe zur Bestimmung der vertraglich geschuldeten Leistung zu dienen? Kennzeichnete die Altfassung die Tatsache, dass die Arbeitsschritte im Leistungsbild enthalten waren, sind diese nunmehr ausgegliedert worden. Die Fortsetzung der Teilerfolgsrechtsprechung wird gesichert sein, wenn die vertragsschließenden Parteien im Vertrag auch auf die einschlägige Anlage Bezug nehmen. Unterbleibt dies, stellt sich die Frage, ob die Rechtsqualität der Anlage, ob unverbindlich oder verbindlich, das Ergebnis beeinflusst? Letztlich dürfte dies ohne Bedeutung sein, weil entscheidend ist, was die Parteien in ihren Vertragswillen als maßgeblich für die Bestimmung der vertraglich geschuldeten Leistung aufgenommen haben.

Von erheblichem Stellenwert dürfte bei einem Abschluss eines Architekten- oder Ingenieurvertrages in Anlehnung an Leistungsbilder und Leistungsphasen der HOAI darüber hinaus die in § 3 Abs. 8 HOAI n.F. enthaltene Aussage sein, dass das Ergebnis jeder Leistungsphase mit dem Auftraggeber zu erörtern ist. Der Verordnungsgeber verwendet das Subjekt des Satzes im Singular und nicht im Plural. Mit dem Auftraggeber sind nicht die Ergebnisse, sondern ist das Ergebnis jeder Leistungsphase zu erörtern. Darauf gestützt lässt sich die Auffassung vertreten, dass Vertragsschließende bei Anlehnung oder Orientierung an den Leistungsbildern oder Leistungsphasen neben dem Gesamterfolg nicht die einzelnen Arbeitsschritte als Teilerfolge, sondern die Ergebnisse und damit den Teilerfolg der einzelnen Leis-

³⁵ BGH Urt. v. 26.7.2007 - VII ZR 42/05, BauR 2007, 1761 = NZBau 2007, 643.

³⁶ BGH Urt. v. 24.6.2004 - VII ZR 259/02, BauR 2004, 1640 = NJW 2004, 2588 = NZBau 2004, 509.

tungsphase im Auge haben. *Löffelmann/Fleischmann*³⁷ vertreten schon seit langem eine solche phasenorientierte Erfolgsbestimmung und sprechen vom Gesamterfolg der einzelnen Leistungsphasen. Bei Abwägung dessen, was Vertragsparteien im Einzelnen wollen, wird es zudem darum gehen, ob mit der Auslagerung der einzelnen Leistungen aus dem Verordnungstext die gesetzgeberische Vorstellung verbunden ist, auch damit den Parteien mehr Freiraum für die Vertragsgestaltung zu lassen.³⁸ Die vom BGH in seiner Entscheidung vom 24.06.2004³⁹ aufgefundene Begründung, nach dem Grundsatz einer interessengerechten Auslegung seien die durch den konkreten Vertrag begründeten Interessen des Auftraggebers an den Arbeitsschritten zu berücksichtigen, die für den vom Architekten geschuldeten Werkerfolg erforderlich sind, löst sich von einem an den Leistungsbildern und Leistungsphasen ausgerichteten Begründungszusammenhang. Mit der weiteren Begründung, der Auftraggeber werde im Regelfall ein Interesse an den Arbeitsschritten haben, die als Vorgaben auf Grund der Planung des Architekten für die Bauunternehmer erforderlich sind, damit diese die Planung sachgerecht umsetzen können, die ihm Prüfungen hinsichtlich der Qualität der Planerleistungen und der Unternehmerleistungen ermöglichen und Bedeutung für die Unterhaltung und Bewirtschaftung des Objekts erlangen, wird allein auf die Lage des Auftraggebers abgestellt. Die Interessen des Architekten werden nicht beleuchtet und abgewogen. Es ist die Frage, ob § 3 Abs. 8 HOAI den Interessenausgleich bewirkt, wenn auf das Ergebnis der einzelnen Leistungsphasen abgestellt und insoweit eine Erörterungsverpflichtung durch das Honorarrecht begründet oder bestätigt wird.

IV.3 Fortentwicklung des Honorarrechts

Das Honorarrecht entwickelt sich im Spannungsfeld von Marktfreiheit und verbindlichem Preisrecht. Die Anlage 1 verdeutlicht, dass eine ganze Berufsgruppe aus dem verbindlichen Preisrecht herausgenommen wurde und Honorare folglich frei vereinbarungsfähig sind. Die Anlage 1 enthält lediglich Empfehlungen. Gleiches geschieht durch die Anlage 2. Grundlage für beide Anlagen bildet § 3 Abs. 1 und Abs. 3 HOAI. Die HOAI enthält zahlreiche Bestimmungen, wonach Honorar oder Parameter frei

³⁷ Architektenrecht, 5. Aufl., Rn. 84 ff.

³⁸ Vgl. BR-Drucks. 395/09, 142.

³⁹ BGH, Ur. v. 24.06.2004 - VII ZR 259/02, BauR 2004, 1640 = NJW 2004, 2588 = NZBau 2004, 509.

vereinbart werden können. Bei Vermehrung solcher Marktfreiheiten besteht die Gefahr, dass Planer, die Regelungen versäumen, durch die HOAI als Ersatzregelung nicht mehr aufgefangen werden, sondern das Honorar nach der üblichen Vergütung zu bestimmen ist. Besonders deutlich wird dies bei § 10 HOAI, wo für die vollständige Planung die vollen Prozentsätze und für weitere Planungen die anteiligen Prozentsätze zu vereinbaren sind. Bei Fehlen einer Vereinbarung stellt die Neufassung im Vergleich zur Altfassung in § 20 keine Ersatzregelung zur Verfügung.

Prinzipiell stellt sich die Frage, ob die Eröffnung von Vereinbarungsfreiheiten von Ersatzregelungen begleitet werden sollte, damit die HOAI als Preisrecht ihren Sinn und Zweck noch erfüllt. Das ist z.B. der Fall bei § 26 Abs. 2 HOAI n.F. oder besonders bei § 15 HOAI n.F. Bei alledem ist nämlich zu bedenken, dass in der Praxis von solchen Vereinbarungsmöglichkeiten oft nicht Gebrauch gemacht wird, was vielleicht auch im –berechtigten? – Vertrauen darauf geschieht, dass die HOAI als Preisrecht eine Regelung bereit hält. Zudem ist anzumerken, dass für die Planer das Honorarrecht von sekundärer Bedeutung ist und sie – richtig – ihre Aufgabe darin sehen, den Bauwunsch ihres Auftraggebers sachkundig in Übereinstimmung mit den anerkannten Regeln der Technik, den Nutzungsvorstellungen sowie innerhalb des angedachten Zeitrahmens und der vorgegebenen Kosten Wirklichkeit werden zu lassen. Honorarrecht muss deshalb in gewissem Umfang eine Ersatzordnung beinhalten. § 35 HOAI entspricht diesen Vorstellungen nicht, wenn der Architekt, der eine Zuschlagsvereinbarung versäumt, auf einen solchen von 20 % verwiesen wird und der Ansatz der anrechenbaren Kosten der mitverarbeiteten Bausubstanz ausgeschlossen ist.