

# HOAI 2009

## Einladungsveranstaltung für Mandanten der

### BRÜGMANN Rechtsanwälte

#### I. Einleitung

Nach einem mehrjährigen Novellierungsprozess ist die neue Honorarordnung für Architekten- und Ingenieurleistungen – HOAI am 18. August 2009 in Kraft getreten. Hintergrund der Novelle war die Forderung, die häufig als zu kompliziert beanstandeten Honorarregelungen zu vereinfachen, die HOAI insgesamt transparenter zu gestalten und Anreize für kostensparendes Bauen aufzunehmen. Ende 2006 entstand Handlungs- und Zeitdruck durch die bis zum 31. Dezember 2009 umzusetzende EU – Dienstleistungsrichtlinie (Richtlinie 2006/123/EG), die einen freien Preiswettbewerb fordert.

Vor diesem Hintergrund gibt es nunmehr eine reine **Inländer – HOAI**, die bezogen auf die Honorarberechnung den Versuch unternimmt, sich von den tatsächlichen Baukosten abzukoppeln. Dies soll insbesondere für den Auftraggeber eine größere Sicherheit und damit auch erhöhte Transparenz hinsichtlich der Honorierung der Architekten- und Ingenieurleistungen bringen.

Zur Entschlackung der HOAI soll beitragen, dass nur noch **Planungsleistungen** im verbindlichen Teil der HOAI zwingenden Honorarsätzen unterfallen. **Beratungsleistungen** und **Besondere Leistungen** sind jetzt in Anlagen zur HOAI aufgeführt und unterliegen nicht mehr dem zwingenden Preisrecht der HOAI. Die Honorare für Beratungsleistungen und für Besondere Leistungen sind jetzt frei zwischen den Parteien vereinbar.

Insgesamt sind die Tafelwerte für die verbindlich preisrechtlich geregelten Planungsleistungen um 10 % angehoben worden. Damit soll den Architekten und Ingenieuren ein angemessener Ausgleich dafür geschaffen werden, dass die letzte Novellierung der HOAI über 13 Jahre zurückliegt und seitdem die Honorarsätze unverändert geblieben sind.

## 1. Neustrukturierung der HOAI

Die HOAI 2009 ist gegenüber der HOAI a. F. komplett umstrukturiert worden. Allerdings liegt die Straffung der HOAI von bisher 103 Paragraphen auf nunmehr 56 Paragraphen vor allem daran, dass die HOAI 2009 jetzt insgesamt 14 Anlagen aufweist. So befinden sich die Regelungen zu den Beratungsleistungen und zu den Besonderen Leistungen in den Anlagen 1 und 2. Die weiterhin verbindlichen Objektlisten finden sich nun in der Anlage 3. Die Anlagen 4 bis 14 weisen die (Grund-) Leistungen zu den gegenüber der alten HOAI unveränderten Leistungsbildern auf. Beispielsweise finden sich die Leistungen im Leistungsbild Gebäude (§ 15 HOAI a. F.) jetzt in der Anlage 11 und die Leistungen im Leistungsbild Ingenieurbauwerke (§ 55 HOAI a. F.) jetzt in der Anlage 12 wieder.

Der für das verbindliche Preisrecht maßgebliche Teil der HOAI 2009 gliedert sich in 5 Teile, nämlich in die allgemeinen Vorschriften (Teil 1, §§ 1 bis 16), die Flächenplanung (Teil 2, §§ 17 bis 31), die Objektplanung (Teil 3, §§ 32 bis 47), die Fachplanung (Teil 4, §§ 48 bis 56) und die Übergangs- und Schlussvorschriften (Teil 5, §§ 55, 56).

Die allgemeinen Vorschriften (Teil 1) umfassen insgesamt 16 Paragraphen und haben damit im Vergleich zur Vorgänger HOAI – 9 Paragraphen – eine Ausweitung erfahren. Dies ist darauf zurückzuführen, dass mit den Regelungen in den allgemeinen Vorschriften für alle dem verbindlichen Preisrecht der HOAI unterfallenden Planungsleistungen nunmehr diese Bestimmungen quasi „vor die Klammer“ gezogen worden sind und sie sich nicht mehr, wie bisher, in den einzelnen Leistungsbildern wieder finden.

Die Flächenplanung (Teil 2) unterteilt sich nunmehr in Bauleitplanung (Abschnitt 1) und Landschaftsplanung (Abschnitt 2).

In Teil 3 (ab § 32), der Objektplanung, befinden sich insgesamt 4 Abschnitte und zwar für Gebäude und raumbildende Ausbauten (Abschnitt 1), für Freianlagen (Abschnitt 2), Ingenieurbauwerke (Abschnitt 3) sowie für Verkehrsanlagen (Abschnitt 4).

Teil 4 (ab § 48), die Fachplanung, ist in 2 Abschnitte unterteilt, in die Tragwerksplanung (Abschnitt 1) und die Technische Ausrüstung (Abschnitt 2, ab § 51).

Wie bereits erwähnt, sind die **Beratungsleistungen** jetzt in der Anlage 1 aufgeführt. Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 HOAI unterfallen sie nicht mehr dem verbindlichen Preisrecht der HOAI. Zu den Beratungsleistungen gehören gem. Anlage 1 z. B. die Umweltverträglichkeitsstudie, Leistungen für thermische Bauphysik, Schallschutz und Raumakustik, für Bodenmechanik, Erd- und Grundbau sowie Vermessungstechnische Leistungen.

Auch die **Besonderen Leistungen**, die bisher den einzelnen Leistungsbildern zugeordnet waren, haben eine Ausgliederung aus der HOAI erfahren. Sie befinden sich jetzt in der Anlage 2. Auch für die

Besonderen Leistungen können die Honorare gemäß § 3 Abs. 3 HOAI zukünftig frei vereinbart werden.

Die Honorarzoneneinordnung gilt nach wie vor als eines der Parameter, um das Honorar zu bestimmen. Regelbeispiele für die einzelnen Honorarzonen, bezogen auf Gebäude, Freianlagen, raumbildende Ausbauten, Ingenieurbauwerke, Verkehrsanlagen und Anlagen der Technischen Ausrüstungen enthält die Anlage 3.

Die neue Struktur erschwert die Handhabung. So muss z. B. für das Honorar die Gebäudeplanung zukünftig neben Teil 1 in den §§ 32 bis 36 HOAI (Objektplanung) und in der Anlage 11 (Leistungsphasen) nachgeschlagen werden (bisher §§ 1 bis 27 HOAI a. F.).

## **2. Inländer – HOAI**

Gemäß § 1 HOAI ist der Anwendungsbereich der HOAI 2009 beschränkt auf Architekten- und Ingenieurleistungen, die von einem im Inland ansässigen Auftragnehmer erbracht werden. Das bedeutet, dass der im Ausland ansässige aber in der Bundesrepublik Planungsleistungen erbringende Architekt nicht dem zwingenden Preisrecht der HOAI unterfällt und er mit dem Auftraggeber eine freie Honorarvereinbarung treffen kann. Daher kann z. B. ein im dänischen Aarhus ansässiges Büro einen Planungsauftrag in Flensburg annehmen, ohne dass es eine Rolle spielt, ob die Auftragssumme unterhalb der Mindest- oder oberhalb der Höchstsätze liegt. Dies war bisher – unabhängig von der Rechtswahl – anders (BGHZ 154, 110).

Mit der Beschränkung der Anwendung der HOAI auf Auftragnehmer mit Sitz im Inland ist der Verordnungsgeber dem Risiko begegnet, dass sich die HOAI 2009 als europa rechtswidrig erweisen könnte. Es ist nämlich allgemeine Auffassung, dass durch staatliches Preisrecht, und darum handelt es sich bei der HOAI bekanntermaßen, die Dienstleistungsfreiheit beschränkt wird.

Derartige Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit sind nur gerechtfertigt zum Schutz der öffentlichen Sicherheit, Ordnung und Gesundheit und zum Schutz der Umwelt. Da das Preisrecht der HOAI nicht dem Schutz eines derartigen Gutes, sondern „nur“ der Qualitätssicherung der Architektenleistung und dem Schutz der Architekten vor ruinösem Wettbewerb dient, ist die HOAI nach allgemeiner Auffassung nur dann mit Art. 16 der Dienstleistungsrichtlinie vereinbar, wenn ausschließlich im Ausland niedergelassene Planer aus ihrem Anwendungsbereich ausgenommen sind.

Die Kehrseite dieser Lösung der europarechtlichen Problematik liegt in der Benachteiligung deutscher Architekten und Ingenieure gegenüber ausländischen Auftragnehmern, weil inländische Auftragnehmer an das zwingende Preisrecht der HOAI gebunden sind und sie somit von ausländischen Auftragnehmern unterboten werden können. Diese sog. Inländerdiskriminierung sei nach der amtlichen Begründung zur HOAI aber zumutbar, da sich nennenswerter Wettbewerb mit ausländischen Planern allenfalls bei Großprojekten außerhalb der Tafelwerte und in den Grenzregionen ergäbe.

Hierzu ist zweierlei anzumerken:

Gegen europarechtliche Vorschriften verstößt die Inländerdiskriminierung nach allgemeiner Auffassung nicht, weil durch europäisches Gemeinschaftsrecht rein inländische Sachverhalte – hier Bindung der inländischen Auftragnehmer an das Preisrecht der HOAI – nicht erfasst werden.

Auf nationaler Ebene ist die Begrenzung des Anwendungsbereichs der HOAI auf Büros mit Sitz im Inland am Verfassungsrecht zu messen. Unstrittig ist, dass mit den zwingenden Mindestsätzen der HOAI in die durch Art. 12 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit eingegriffen wird. Eingriffe in die Berufsausübungsfreiheit sind verfassungsrechtlich nur zulässig, wenn der Eingriff zur Erreichung der Zielsetzung geeignet, erforderlich und verhältnismäßig ist.

Das BVerfG hält die Mindestsätze der HOAI zwar für geeignet, die Qualität der Arbeit der Architekten zu sichern und sie vor einem ruinösem Preiswettbewerb zu schützen, hat sich aber noch nicht zur Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Vereinbarung von starren Mindestsätzen zur Erreichung dieses Zieles geäußert (BVerfG, NJW 2006, 495). Von Verfassungsrechtlern wird aber allgemein angenommen, dass das Preisrecht der HOAI mit Art. 12 GG im Einklang steht.

Fazit: Die „Inländerdiskriminierung“ ist hinzunehmen.

Klarzustellen ist noch, dass die HOAI 2009 auf einen ausländischen Architekten Anwendung findet, wenn dieser in Deutschland einen auf unbestimmte Zeit angelegten Bürositz begründet und er von dort aus seine Tätigkeit ausübt. Hat ein ausländisches Büro sowohl Sitze im In- und Ausland und wickelt es den Auftrag vom Ausland aus ab, soll die HOAI nicht gelten. Nach dem Wortlaut des § 1 HOAI können deutsche Auftragnehmer die HOAI umgehen, in dem sie ihrerseits die Leistungen von einem Büro aus dem Ausland heraus erbringen.

### **3. Deregulierung der Beratungsleistungen**

Wie bereits erwähnt, unterliegen gem. § 3 Abs. 1 Satz 1 HOAI zukünftig nur noch die Honorare für **Planungsleistungen**, wie sie sich aus den Teilen 2 bis 4 der HOAI ergeben, (also Bauleitplanung, Landschaftsplanung, gebäude- und raumbildende Ausbauten, Freianlagen, Ingenieurbauwerke, Verkehrsanlagen, Tragwerksplanung und Technische Ausrüstung) dem zwingenden Preisrecht der HOAI. Für die in der Anlage 1 zur HOAI aufgeführten **Beratungsleistungen** (Umweltverträglichkeitsstufe, thermische Bauphysik, Schallschutz und Raumakustik, Bodenmechanik, Erd- und Grundbau sowie vermessungstechnische Leistungen) sind die Honorare gem. § 3 Abs. 1 Satz 2 HOAI zukünftig frei vereinbar, ohne dass die Vertragsparteien an Mindest- oder Höchstsätze gebunden sind. Die Vertragsparteien können hier beispielsweise Abrechnung nach Zeitaufwand auf der Basis eines frei auszuhandelnden Stundensatzes vereinbaren.

Die Parteien können das Honorar auch ermitteln auf der Basis der in der Anlage 1 aufgeführten Honorartafeln. Da diese aber nur Orientierungshilfen darstellen, können die dort aufgeführten Mindest- oder Höchstsätze ohne weiteres über- oder unterschritten werden.

Haben die Vertragsparteien bei Abschluss des Beratungsvertrages keine ausdrückliche Honorarvereinbarung getroffen, so gilt gem. § 632 Abs. 2 BGB die übliche Vergütung als vereinbart. Das ist nach der Rechtsprechung die Vergütung, die zur Zeit des Vertragsschlusses für nach Art, Güte und Umfang gleiche Leistungen allgemein am Ort der Leistung gewährt wird. Diese übliche Vergütung muss sich nicht decken mit dem sich aus den in der Anlage 1 aufgeführten Honorartafeln ergebenden Honorar. Dennoch werden die Gerichte im Streitfall voraussichtlich auf die Honorartafeln zur Ermittlung der üblichen Vergütung zurückgreifen.

## § 6 HOAI a. F. – Zeithonorar

Mit der Novellierung der HOAI ist die bisherige Vorschrift zur Abrechnung von Zeithonoraren, der § 6 HOAI a. F. ersatzlos entfallen. Damit gelten keine Stundenmindest- und Höchstsätze mehr für Auftragnehmer und deren Mitarbeiter. Die Parteien können nunmehr freie Stundenhonorarsätze vereinbaren.

Dies gilt gleichermaßen hinsichtlich **Stundenhonorarvereinbarungen**, die nicht dem zwingenden Preisrecht der HOAI unterfallen, also z. B. hinsichtlich Beratungsleistungen. Aber auch hinsichtlich der dem zwingenden Preisrecht unterliegenden Planungsleistungen kann Abrechnung nach Zeitaufwand vereinbart werden. Eine derartige Vereinbarung muss allerdings schriftlich bei Auftragserteilung getroffen werden (§ 7 Abs. 6) und der Preisrahmen der Mindest- und Höchstsätze muss eingehalten werden (BGH, NJW 2009, 2199).

## II. Baukostenberechnungsmodell

Eine wesentliche Neuerung betrifft das **Baukostenberechnungsmodell**. Die gesetzliche Grundlage findet sich jetzt in den §§ 6 und 32 HOAI. Bis zur Novellierung der HOAI waren die Grundlagen des Honorars bekanntlich in § 10 HOAI a. F. geregelt. Die neue Regelung bestimmt, dass die Honorarermittlung für die Objekt- und Fachplanung nunmehr einheitlich für alle Leistungsphasen nach den anrechenbaren Kosten berechnet wird, die sich auf der Grundlage der **Kostenberechnung** ergeben (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 HOAI). Eine Abweichung gilt für die Flächenplanung. Hier wird das Honorar nach Flächengrößen oder Verrechnungseinheiten ermittelt. Dem Grundsatz nach übernimmt der neue § 6 Abs. 1 HOAI die bisherige Systematik der Honorarbestandteile. Das sind:

Anrechenbare Kosten,  
Leistungsbild,  
Honorarzone,  
Honorartafel.

Soweit Leistungen **im Bestand** erbracht werden, kommen zusätzlich die Abrechnungsmodalitäten der §§ 35 und 36 HOAI hinzu. Neu und viel diskutiert ist, dass sich die Entwicklung des Honorars abkoppelt von den tatsächlichen Baukosten. Ab sofort wird das Honorar nach der Kostenberechnung ermittelt. Liegt keine Kostenberechnung vor, richtet sich die Honorarberechnung nach der Kostenschät-

zung. Im Recht der HOAI bis zur Novellierung wurden darüber hinaus bekanntlich die anrechenbaren Kosten auf den Kostenanschlag oder die Kostenfeststellung fortgeschrieben. Diese Regelung ist entfallen.

Neu in seinem Regelungsgehalt ist § 6 Abs. 2 HOAI. Wenn zum Zeitpunkt der Beauftragung noch keine Planungen als Voraussetzungen für eine Kostenschätzung oder -berechnung vorliegen, können die Parteien **schriftlich** vereinbaren, dass das Honorar auf der Grundlage der anrechenbaren Kosten einer **Baukostenvereinbarung** berechnet wird. Da regelmäßig zum Zeitpunkt der Beauftragung noch keine Planungen i. S. dieser Vorschrift vorliegen, könnte sich die neue Baukostenvereinbarung zum Regelfall herausbilden. § 6 Abs. 2 HOAI sieht für die zu treffende Baukostenvereinbarung vor, dass **nachprüfbare Baukosten** einvernehmlich festgelegt werden. Folgt man der amtlichen Begründung, die zu der Neufassung der HOAI geführt hat, soll sich die Nachprüfbarkeit nach **Referenzobjekten** oder einer Bedarfsplanung richten. Diese Bestimmung kritisieren mehrere Stimmen der Literatur. Voraussetzung für eine solche Baukostenvereinbarung wäre dann, dass beide Vertragspartner über den gleichen Informationsstand bzw. das gleiche fachliche Wissen verfügen.

Das jetzt getroffene Baukostenberechnungsmodell entspricht den Forderungen des Bundesrates in der Phase der Gesetzgebung. Hier war es ein Anliegen, die Honorarermittlung von den tatsächlichen Baukosten abzukoppeln. Für die Auftragnehmer bedeutet das, sie profitieren nicht mehr von Baukostensteigerungen durch höhere Honorare. Im Gegenteil: Findige Rechner haben bereits Fälle herausgearbeitet, in denen die frühere Honorarberechnung für eine Gebäudeplanung, die sich nach der Kostenberechnung, dem Anschlag und der Feststellung ergab, ein höheres Grundhonorar ergeben haben, als es sich nach heutiger Rechenart ergibt, wenn nur die Kostenberechnung zugrunde gelegt wird. Dieses neue Ergebnis gilt in Grenzfällen selbst dann, wenn man berücksichtigt, dass die Tafelwerte rund um 10 % erhöht worden sind. Das lässt sich zwar nicht verallgemeinern. Gleichwohl ist die Neuregelung von den interessierten Kreisen kritisiert worden, weil in vielen Fällen Honorarverluste zu befürchten seien. Umgekehrt fürchtet die Auftraggeberseite überzogene Kostenberechnungen.

Beendet sein dürfte auch die sture Fixierung, dass die anrechenbaren Kosten nach der DIN 276 in der Fassung vom April 1981 zu ermitteln sind (§ 10 Abs. 2 HOAI a. F.). Diese Lesart ergibt sich, wenn man in den neuen § 2 Nr. 12 HOAI sieht. Danach sind

„Fachlich allgemein anerkannte Regeln der Technik“ schriftlich fixierte technische Festlegungen für Verfahren, die nach herrschender Auffassung der beteiligten Fachleute, Verbraucher und der öffentlichen Hand geeignet **sind, die Ermittlung der anrechenbaren Kosten** nach dieser Verordnung zu ermöglichen und **die sich in der Praxis allgemein bewährt haben** oder deren Bewährung nach herrschender Auffassung **in überschaubarer Zeit bevorsteht.**“ (Hervorhebung Verf.).

Damit dürfte der Ordnungsgeber den Weg geöffnet haben, dass die jeweils neueste DIN für die Kostenermittlung gilt (offene dynamische Verweisung). Allerdings werden bereits erste Stimmen laut, die diese Verweisung für zu unbestimmt halten. Das könnte zur Folge haben, dass die HOAI nicht mehr durch die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage gedeckt ist. Das hätte zur Folge, dass die Vorschrift womöglich gegen die Verfassung verstößt.

Ob sich der altbekannte Streit aus Sicht des Auftraggebers, wonach der Auftragnehmer gnädig der Baukostenentwicklung zugesehen habe, war es ja sein Schaden nicht, mit der Neuregelung der HOAI beendet werden konnte (Stichwort Abkoppelung), bleibt abzuwarten. Immerhin stellt der neue § 7 Abs. 5 HOAI fest, dass der Auftragnehmer einen Anspruch auf Anpassung des Honorars hat, wenn sich der Leistungsumfang durch Anweisungen des Bauherrn ändert. Das dürfte im Ergebnis anknüpfen an die beliebte Nachtragsproblematik der ausführenden Gewerke. Es bleibt abzuwarten, ob hier nicht schlicht ein Streitpunkt verlagert worden ist.

### III. Baukostenvereinbarung

Wie bereits angesprochen, können die Vertragsparteien nach dem neuen § 6 Abs. 2 HOAI eine **Baukostenvereinbarung** treffen, die dann als Grundlage für die Honorarberechnung dient. Hierzu möchte ich nun noch einige Anmerkungen machen:

Liegt zum Zeitpunkt der Beauftragung auftragnehmerseitig noch keine Planung als Voraussetzung für eine Kostenschätzung oder Kostenberechnung vor, so eröffnet § 6 Abs. 2 HOAI den Vertragsparteien die Möglichkeit schriftlich zu vereinbaren, dass das Honorar auf der Grundlage der anrechenbaren Kosten einer **Baukostenvereinbarung** berechnet wird.

Hintergrund für diese Neuregelung ist, dass Anreize zum kostensparenden Bauen auch dadurch geschaffen werden sollen, dass die Honorare der Architekten und Ingenieure von den häufig während der Bauausführung steigenden Herstellungskosten abgekoppelt werden sollen.

Ob das mit einer im frühen Stadium, es darf noch nicht einmal eine Vorplanung vorliegen, getroffenen Baukostenvereinbarung gelingen kann, dürfte zumindest fraglich sein. Jedenfalls gibt es schon jetzt zahlreiche kritische Stimmen zur Baukostenvereinbarung.

So sei schon der Begriff der **Baukosten** unpräzise, da er weder gesetzlich noch in einer DIN definiert ist. Während der Auftraggeber bei den Baukosten an die Gesamtkosten einschließlich Grundstückskosten und Finanzierungskosten denken mag, gehe es dem Auftragnehmer ggf. allein um die anrechenbaren Kosten. Den Parteien sei deshalb zu raten, genau festzulegen, welche Leistungen mit den Baukosten gemeint seien.

Um unrealistische Baukosten und daraus resultierende unrealistische Honorare zu vermeiden, setzt § 6 Abs. 2 Satz 2 HOAI **nachprüfbare** Baukosten voraus. Dies ist insofern schwierig, als ja zum Zeitpunkt der Baukostenvereinbarung noch keine Vorplanung oder Entwurfsplanung und damit auch noch keine Kostenschätzung oder gar Kostenberechnung vorliegen darf. Nach der amtlichen Begründung

soll der Nachweis deshalb anhand vergleichbarer Referenzobjekte oder einer Bedarfsplanung etwa auf Basis der DIN 18205 geführt werden.

Eine solche Baukostenermittlung setzt dann aber wohl voraus, dass beide Vertragspartner über den gleichen Informationsstand und das gleiche Fachwissen verfügen. Jedenfalls der Bauherr, der nur einmal in seinem Leben ein Einfamilienhaus planen und bauen lässt, wird mit einer Baukostenermittlung über Referenzobjekt überfordert sein.

Von kritischen Stimmen wird zudem befürchtet, dass die neue Möglichkeit der Baukostenvereinbarung künftig von dem jeweils wirtschaftlich stärkeren Vertragspartner dazu missbraucht werden könne, dem anderen entweder zu hohe oder zu niedrigere anrechenbare Kosten zu diktieren, was dann zu unangemessenem Honorar führen würde.

Diskutiert wird auch, dass die Baukostenvereinbarung unwirksam werden könne, wenn die Abweichung der **vereinbarten** von den **nachprüfbaren** Kosten erheblich sei. Dies soll nach einzelnen Stimmen schon bei einer Abweichung von mehr als 10 % der Fall sein. Das hätte dann zur Konsequenz, dass die Baukostenvereinbarung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage unwirksam (§ 242 BGB) wäre und das Honorar dann auf der Grundlage der Kostenberechnung entsprechend § 6 Abs. 1 HOAI auf Basis der Mindestsätze (§ 7 Abs. 6 HOAI) zu ermitteln wäre. Streit ist hier also vorprogrammiert.

Die Frage, ob Fachplaner an eine Baukostenvereinbarung zwischen dem Bauherrn und dem Objektplaner gebunden sind, ist zu verneinen, da es um unterschiedliche Vertragsverhältnisse geht. Für den Tragwerksplaner, der keine eigene Kostenermittlungen erstellt, bleibt die Kostenberechnung des Objektplaners, die dieser im Rahmen der Lp 3: Entwurfsplanung als Grundleistung erbringen muss und an der er mitwirkt (siehe die entsprechenden Grundleistungen der Lp 3 in den Anlagen 11 und 13), maßgebend. Umgekehrt kann ein Gebäudeplaner hinsichtlich der Kosten für Technische Anlagen, die er nicht plant oder überwacht (§ 32 Abs. 2 HOAI), nicht an eine Baukostenvereinbarung zwischen dem Bauherrn und dem Fachplaner gebunden sein.

Mit der Möglichkeit der Vereinbarung von subjektiv bestimmten Baukosten koppelt die HOAI das Honorar von einem der Eckpfeiler für die objektive Honorarberechnung, nämlich von den anrechenbaren Kosten vollständig ab. Nach allgemeiner Auffassung soll die Honorarvereinbarung grundsätzlich auch dann wirksam sein, wenn hierdurch, gemessen an den „echten“ Kosten, der Mindestsatz unterschritten oder der Höchstsatz überschritten wird. Andernfalls hätte die Regelung über die Baukostenvereinbarung nämlich keine selbständige Bedeutung und gäbe es keinen Grund, weshalb die Regelung außerhalb des § 7 angesiedelt worden ist. Für die Honorarvereinbarung nach § 6 Abs. 2 HOAI n. F. ist es mithin nicht erforderlich, dass sie sich im Rahmen der durch die Verordnung festgesetzten Mindest- und Höchstsätze hält. Damit gilt auch bei Unterschreitung des Mindestsatzes durch die Baukostenvereinbarung nicht die Folge des § 7 Abs. 6 HOAI – bisher § 4 Abs. 4 -, wonach, abgesehen von Ausnahmefällen (§ 7 Abs. 3 HOAI), der richtige Mindestsatz geltend gemacht werden kann.

Kommt es infolge von vom Auftraggeber veranlassten **Planungsänderungen** zu höheren Baukosten, so kann dem Auftragnehmer nach allgemeiner Meinung auch bei einer getroffenen Baukostenvereinbarung aus § 7 Abs. 5 HOAI ein Honoraranpassungsanspruch zustehen, da mit der Formulierung in § 7 Abs. 5 „... ist die dem Honorar zugrunde liegende Vereinbarung“ auch die Vereinbarung nach § 6 Abs. 2 HOAI gemeint ist.

#### **IV. Bonus-/Malus-Regelung**

§ 7 der neuen HOAI regelt die Honorarvereinbarungen. Dabei übernimmt § 7 die bisherigen Regelungen des § 4 HOAI a. F. und erweitert ihn. Ausgangspunkt ist nach wie vor der Grundsatz, dass das Honorar sich nach der schriftlichen Vereinbarung bei Auftragserteilung im Rahmen der Mindest- und Höchstsätze richtet (§ 7 Abs. 1 HOAI). Trotz vielstimmiger Kritik ist der Verordnungsgeber also nicht davon abgewichen, dass Honorarvereinbarungen **schriftlich bei Auftragserteilung** abgeschlossen werden müssen.

§ 7 Abs. 2 HOAI ist eine Erweiterung zu den bisherigen Möglichkeiten der Honorarvereinbarung. Bislang konnte das Honorar frei vereinbart werden, wenn die anrechenbaren Kosten **oberhalb** der Honorartafel Höchstwerte lag. Jetzt soll dasselbe für die Fälle gelten, die unterhalb der Tafelwerte liegen. Die Verordnung spricht von „außerhalb“. Der § 7 Abs. 3 und Abs. 4 HOAI befasst sich nach wie vor mit den Voraussetzungen, unter denen die Mindestsätze der HOAI unterschritten bzw. die Höchstsätze überschritten werden können. Neuheiten enthält die Verordnung insoweit nicht. Das gibt Gelegenheit, noch einmal die Rechtsprechung in Erinnerung zu rufen, wann ein zulässiger Ausnahmefall vorliegen kann, der die Unterschreitung der Mindestsätze rechtfertigt. Da die HOAI bekanntlich bindendes öffentliches Preisrecht ist, wurden die Ausnahmefälle der Mindestsatzunterschreitung äußerst restriktiv gehandhabt. Die Materialien aus dem Gesetzgebungsverfahren sahen eine Unterschreitung nur vor, wenn die Parteien beispielsweise in verwandtschaftlichem Verhältnis zueinander standen oder ein außergewöhnlich geringer Aufwand der Planungsleistung in Betracht kam. Diese enge Begrenzung hat der Bundesgerichtshof etwas gelockert. Maßgeblich ist immer noch die Leitentscheidung aus dem Jahr 1997 (BGH Urt. v. 22.05.1997, Az. VII ZR 290/95). Hier stellt das Gericht klar, dass der Zweck der Mindestsatzregelung nicht gefährdet werden darf, nämlich einen „ruinösen Preiswettbewerb“ unter Architekten und Ingenieuren zu verhindern. Andererseits können alle die Umstände eine Unterschreitung der Mindestsätze rechtfertigen, die das Vertragsverhältnis deutlich von den üblichen Vertragsverhältnissen unterscheiden. Ein solcher Ausnahmefall kann insbesondere bei engen Beziehungen rechtlicher, wirtschaftlicher, sozialer oder persönlicher Art oder bei sonstigen besonderen Umständen gegeben sein. Der BGH weist auch auf die Mehrfachverwendung einer Planung als Ausnahmefall hin. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf eine Entscheidung des LG Hamburg (Urt. v. 29.07.2008, Az. 312 O 228/08): Da die Mindestsätze der HOAI einen ruinösen Preiswettbewerb verhindern sollen, ist ein Dumpingangebot unterhalb der Mindestsätze wettbewerbswidrig. Im Ausgangsfall wurde auf einer Internetseite für die „Sanierung und Aufstockung eines (...) 8-Familienhauses“ mit einer Wohnfläche von 390 qm und einer geschätzten Bausumme von € 500.000,00 bis € 600.000,00 „die gesamte Architektenleistung von der Planung bis zur Bauabnah-

me und Mängelbeseitigung“ ausgeschrieben. Ein Bieter gab ein Gebot ab in Höhe von € 32.000,00. Nach der HOAI ergibt sich bei Honorarzone 3 und anrechenbaren Kosten von € 500.000,00 ein Honorar von mindestens € 42.916,00 für die Leistungsphasen 1 bis 8. Das Landgericht stellte im Ausgangsfall keine Ausnahme fest, die eine Ausnahme i. S. d. § 4 Abs. 2 HOAI a. F. rechtfertigt. Da das angebotene Honorar ca. 1/4 unterhalb der Mindestsätze der HOAI lag, kam das Landgericht zum Ergebnis, dass die Verletzung derartiger Mindestpreisvorschriften wettbewerbswidrig ist.

§ 7 Abs. 5 HOAI enthält, wie bereits dargestellt, den Verhandlungsanspruch des Auftragnehmers. Ändert sich der beauftragte Leistungsumfang auf Veranlassung des Auftraggebers mit der Folge, dass sich auch die anrechenbaren Kosten ändern, muss das Auswirkungen auf das Honorar haben. Die HOAI spricht davon, dass das Honorar „anzupassen ist“. Ein Anspruch auf Anpassung ist aber zunächst einmal ein Anspruch auf Verhandlung. Daraus ergibt sich nicht die unmittelbare Rechtsfolge, das Honorar um einen Prozentsatz X zu erhöhen.

**Neu** ist die Bonus-/Malus-Regelung des § 7 Abs. 7 HOAI. Während die Bonusregelung bereits bislang in § 5 Abs. 4 a. F. HOAI enthalten war, nämlich dergestalt, dass für Kostenunterschreitungen ein Bonus honorar vereinbart werden konnte, sieht die HOAI jetzt auch vor, dass die Parteien ein **Malus-Honorar** vereinbaren können für den Fall, dass Kostenüberschreitungen auftreten. Während das Erfolgshonorar (schriftlich vereinbart) bis zu 20 % des vereinbarten Honorars betragen kann, ist das Malus-Honorar auf 5 % begrenzt. Damit dürfte sich der Ordnungsgeber an den auch sonst bekannten pauschalierten Schadensersatzansprüchen, wie wir sie etwa aus den Vertragsstrafenregelungen kennen, orientiert haben.

Interessant könnten die Fälle werden, in denen ohnehin nur der Mindestsatz des Honorars vereinbart war. Kommt jetzt noch ein 5 %iger Abzug zur Anwendung, werden die Mindestsätze unterschritten. Dieses Problem hat die Bundesregierung ausweislich der Materialien aus dem Gesetzgebungsverfahren erkannt. Sie sieht in diesem Fall die Unterschreitung der Mindestsätze als zulässig an. Rechtlich dürfte es sich also nicht um eine echte Honorarminderung handeln, sondern um eine Vertragsstrafe (siehe §§ 339 ff. BGB). Daraus folgt, dass die BGB-Vorschriften vorrangig anzuwenden sind. Im Einzelnen bedeutet das, dass sowohl ein Malus-Honorar auf weitergehende Schadensersatzansprüche angerechnet werden muss (§§ 341 Abs. 2, 340 Abs. 2 BGB) und vor allem der Auftraggeber sich das Malus-Honorar bei der Abnahme vorbehalten muss (§ 341 Abs. 3 BGB). Lässt sich also bei der Honorarvereinbarung künftig ein Malus-Honorar nicht vermeiden, hat der Auftragnehmer noch einen Grund mehr, auch auf die **förmliche** Abnahme seiner Leistungen hinzuwirken. Das kann die Möglichkeit bieten, das geltend gemachte Malus-Honorar später aus formalen Gründen zurückzuweisen.

## V. Bauen im Bestand

Nach der bisherigen Fassung der HOAI wurde den Besonderheiten bei Umbauten und Modernisierungen bekanntlich durch Regelungen an verschiedenen Stellen in der HOAI Rechnung getragen:

- Erhöhung der anrechenbaren Kosten durch Berücksichtigung der vorhandenen Bausubstanz gem. § 10 Abs. 3 Nr. 4 und Abs. 3 a HOAI a. F.;
- Möglichkeit der Vereinbarung zusätzlicher Besonderer Leistungen;
- Erhöhung des Honorars um den sog. Umbauszuschlag bei durchschnittlichem Schwierigkeitsgrad um 20 bis 33 %, bei Fehlen einer schriftlichen Vereinbarung um 20 % , § 24 HOAI

Die HOAI 2009 sieht folgende Neuregelung vor:

§ 2 Nr. 6 HOAI enthält einen modifizierten Umbaubegriff. Danach sind Umbauten Umgestaltungen eines vorhandenen Objekts mit Eingriffen in Konstruktion oder Bestand. Das Merkmal der Wesentlichkeit eines Eingriffs (§ 3 Nr. 5 HOAI a. F.) ist entfallen. Zukünftig werden daher alle Eingriffe in Konstruktion oder Bestand eines Objekts unter den Begriff des Umbaus fallen. Die Bedeutung von Umbauten dürfte steigen, da praktisch bei jeder Umgestaltung eines vorhandenen Objekts in den Bestand eingegriffen wird.

Die Regelung des § 10 Abs. 3 a HOAI a. F., wonach vorhandene und mitverarbeitete Bausubstanz bei der Ermittlung der anrechenbaren Kosten angemessen zu berücksichtigen war, ist entfallen. Noch nicht geklärt ist, ob die Berücksichtigung vorhandener Bausubstanz bei der Ermittlung der anrechenbaren Kosten nun über § 4 Abs. 2 Nr. 4 HOAI n. F. erfolgt. Nach einer Auffassung soll die vorhandene mitverbaute Bausubstanz entsprechend § 4 Abs. 2 Nr. 4 HOAI mit ortsüblichen Preisen bewertet in die anrechenbaren Kosten einschränkungslos einfließen. Nach anderer Auffassung sei § 10 Abs. 3 a HOAI a. F. bewusst ersatzlos gestrichen worden und könne § 4 Abs. 2 Nr. 4 HOAI weder vom Wortlaut noch von der Systematik her auf Umbauten Anwendung finden. Vorhandene Bausubstanz würde danach bei Umbauten nicht in die anrechenbaren Kosten einfließen.

Der Zuschlag bei Umbauten und Modernisierungen wird künftig einheitlich in § 35 HOAI (Leistung im Bestand) geregelt. Danach kann für Objekte (Gebäude und Tragwerksplanungen) ein Umbauszuschlag bis zu 80 % vereinbart werden (§ 35 Abs. 1 Satz 1 HOAI). Die Maßgabe der alten Fassung, wonach bei der Vereinbarung der Höhe des Zuschlags insbesondere der Schwierigkeitsgrad der Leistung zu berücksichtigen war, ist entfallen. Der Zuschlag kann deshalb innerhalb der 80 % Grenze frei vereinbart werden. Damit ist die Obergrenze bei durchschnittlichen Schwierigkeitsgraden, die bislang bei 20 bis 33 % lag, angehoben worden. Andererseits können künftig selbst bei überdurchschnittlichen Planungsanforderungen Zuschläge auch unterhalb von 20 % vereinbart werden. Die Vereinbarung des Umbauszuschlags muss schriftlich getroffen werden, allerdings nicht bereits bei Auftragserteilung. Ohne schriftliche Vereinbarung gilt ab Honorarzone II ein Mindestzuschlag von 20 % als vereinbart (§ 35 Abs. 1 Satz 2 HOAI). Für Leistungen, bei denen das Objekt der Honorarzone I zuzuordnen ist, gibt es ohne schriftliche Vereinbarung danach keinen Zuschlag.

Die Grundsätze für das Bauen im Bestand gelten auch für Ingenieurbauwerke, Verkehrsanlagen sowie für die Tragwerksplanung und die Technische Ausrüstung (§§ 42 Abs. 2, 46 Abs. 3, 49 Abs. 2, 53 Abs. 3 HOAI).

Fazit:

Mit der Neuregelung hat der Ordnungsgeber die Honorarermittlung beim Bauen im Bestand vereinfacht. Zu einer Erhöhung der Honorare führt die Neuregelung allerdings nur, wenn die Altsubstanz tatsächlich über § 4 Abs. 2 Nr. 4 HOAI n. F. bei der Ermittlung der anrechenbaren Kosten zu berücksichtigen ist. Sollte die vorhandene Bausubstanz, wie gewichtige Stimmen in der Literatur meinen, nicht über die Hintertür des § 4 Abs. 2 Nr. 4 HOAI zu berücksichtigen sein, weil der Wortlaut der Vorschrift und der Wille des Ordnungsgebers dies nicht hergeben würden, dürfte die Neuregelung trotz der erfolgten Anhebung der Tafelwerte um 10 % zu Honorarverlusten führen. Aufzufangen wären derartige Honorarverluste nur über einen Umbauszuschlag, der wohl deutlich über 50 % liegen müsste. Ob solche bislang unüblichen Zuschlagsätze im Wettbewerb durchsetzbar sind, dürfte fraglich sein. Welcher Bauherr lässt sich schon davon überzeugen, dass er z. B. insgesamt 150 % oder sogar 180 % für die Vollarchitektur bezahlen soll? Planer kommen deshalb wohl nicht umhin, ihr Honorar künftig härter zu verhandeln.

## VI. Planungsänderung

Wie ausgeführt, hatte die alte HOAI 103 Paragraphen. Wohingegen die neue HOAI mit 56 Paragraphen auskommt, zu denen aber 14 Anlagen hinzukommen. Ob das Regelungsgeflecht dadurch übersichtlicher wird, kann dahinstehen. Soweit es während der Planungs- und Ausführungsphase zu **Planungsänderungen** kommt, musste die HOAI in ihrer neuen Fassung drei Komplexe regeln: Zum ersten mussten die Fälle des bisherigen § 20 HOAI (a. F.) (mehrere Vor- oder Entwurfsplanungen) geregelt werden. Zum zweiten musste eine Bestimmung gefunden werden, wie die Fallgestaltungen zu lösen sind, in denen zwar zunächst Leistungsbilder entsprechend der HOAI in Auftrag gegeben werden, im Zuge der Änderung oder Ergänzung der Planung aber weitere Leistungen hinzutreten, die nicht den originären Leistungsbildern der HOAI entsprechen. Das wird möglicherweise in der kommenden Zeit zunehmend Bedeutung erlangen, weil die neue HOAI im Vergleich zu ihrer Vorgängerfassung eine große Anzahl an Leistungsbildern herausgenommen hat. Zum dritten mussten die Fälle geregelt werden, in denen der beauftragte Leistungsumfang sich auf Veranlassung des Auftraggebers ändert (Stichwort Nachtrag). Hier musste ein Ausgleich geschaffen werden, schon allein im Hinblick auf die Möglichkeiten einer Honorarvereinbarung einschließlich der dargestellten Malus-Regelungen. Nach dem Inhalt der HOAI greifen die Gruppen 2 und 3 ineinander über. Hier werden sie getrennt dargestellt, um dem Inhalt mehr Kontur zu verleihen.

Schafft der Auftragnehmer **mehrere Vor- oder Entwurfsplanungen**, berechnete sich das Honorar bislang nach § 20 HOAI a.F.. Voraussetzung war, dass für dasselbe Gebäude auf Veranlassung des

Auftraggebers mehrere Vor- oder Entwurfsplanungen nach grundsätzlich verschiedenen Anforderungen gefertigt wurden. Die Rechtsfolge war, dass der Auftragnehmer für die **umfassendste** Vor- oder Entwurfsplanung die vollen vom-Hundert-Sätze der Leistungsphase und für jede andere Vor- oder Entwurfsplanung 50 % zu **berechnen** hatte. Nach der Novellierung gilt eine andere Systematik. Einschlägig ist jetzt § 10 HOAI. Zwar wird immer noch der Vorentwurf und der Entwurf für dasselbe Objekt in vollen Prozentsätzen abgerechnet, für jeden **weiteren** Entwurf haben die Parteien jedoch „die anteiligen Prozentsätze der entsprechenden Leistungen **vertraglich** zu vereinbaren“. Das gibt dem Auftragnehmer zunächst nur einen Verhandlungsanspruch, keine Abrechnungsmöglichkeit. Der Vorschrift fehlt die Rechtsfolge, was passiert, wenn der Auftraggeber sich trotz von ihm veranlasster Mehrplanungen keine weitere Berechnung vertraglich vereinbaren will. Abgelöst werden sollte offensichtlich das starre Gerüst, 50 % für jede weitere Umplanung abrechnen zu können. Nach der Neufassung „sind die anteiligen Prozentsätze“ zu vereinbaren. Für den, der eine Antwort sucht, macht sich die neue Struktur der HOAI bemerkbar. § 10 HOAI verweist auf die vollen Prozentsätze der Leistungsphasen nach § 3 Abs. 4 HOAI. § 3 Abs. 4 HOAI regelt nur, dass die Leistungsbilder der Verordnung (HOAI) sich in die folgenden Leistungsphasen 1 bis 9 gliedern. Immerhin ergibt sich aus § 3 Abs. 1 HOAI, dass die Honorare für Leistungen aus den Teilen 2 bis 4 der Verordnung verbindlich geregelt seien. Der häufigste Fall der Anwendung (Objektplanung) ist jetzt im Teil 3 geregelt. Hier findet man im § 33, Leistungsbild Gebäude und raumbildende Ausbauten, dann die gesuchten Prozentangaben, nämlich beispielsweise 7 % für die Vorplanung und 11 % für die Entwurfsplanung bei Gebäuden bzw. 7 und 14 % für raumbildenden Ausbauten. Das sind die gleichen Prozentsätze wie bisher. Was jetzt aber, um zu

§ 10 HOAI zurückzukehren, „anteilige Prozentsätze“ hiervon sind, sagt die HOAI nicht. Allenfalls findet sich dann in Anlage 11 zur HOAI eine Aufgliederung der einzelnen (Teil-) Leistungen wieder, wie sie etwa bislang § 15 HOAI enthielt, ohne jedoch eine Wertigkeit zu bestimmen, auf welchen Teilspekt wie viel Prozent entfallen.

Für die zweite Fallgruppe der Planungsänderungen bietet § 3 Abs. 2 HOAI den honorarrechtlichen Einstieg:

„Leistungen, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung eines Auftrages im allgemeinen erforderlich sind, sind in Leistungsbildern erfasst. Andere Leistungen, die durch eine Änderung des Leistungsziels, des Leistungsumfangs, einer Änderung des Leistungsablaufes oder anderer Anordnungen des Auftraggebers erforderlich werden, sind von den Leistungsbildern nicht erfasst und gesondert frei zu vereinbaren und zu vergüten.“

Die amtliche Begründung zur HOAI stellt darauf ab, dass Leistungen, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung erforderlich sind, in den Leistungsbildern erfasst sind und stellt klar, dass nicht **alle** Leistungen in den Leistungsbildern grundsätzlich bei jedem Objekt für den Erfolg notwendig sind. Das ergibt sich aus dem Wort „im allgemeinen“. Wie sich jedoch die nachträglichen Leistungen des § 3 Nr. 2 Abs. 2 HOAI zu den besonderen Leistungen verhält (siehe § 3 Abs. 3 HOAI i. V. m. Anlage 2), steht nicht geschrieben. Auch hier aber hat der Auftragnehmer zunächst einen Verhandlungsanspruch, der nach der Verordnung nicht sanktioniert ist.

Die dritte Regelungsgruppe der Planungsänderungen wird durch § 7 Abs. 5 HOAI honorarrechtliche geregelt. Ändert sich also der beauftragte Leistungsumfang auf Veranlassung des Auftraggebers dergestalt, dass sich die anrechenbaren Kosten ändern, „ist“ das Honorar durch eine schriftliche Vereinbarung anzupassen.

Rechtsprechung gibt es zu der planungsändernden Honorargestaltung natürlich noch nicht. Die Literatur tappt noch im Dunkeln. Es wird diskutiert, ob sich der Ordnungsgeber hinsichtlich der freien Vereinbarkeit des Honorars für Änderungsleistungen an den früheren obergerichtlichen Entscheidungen der Rechtsprechung orientieren wollte, nach denen Änderungsleistungen als besondere Leistungen zu qualifizieren waren, oder ob, wie es die neuere Rechtsprechung gemacht hat, Änderungsleistungen wie wiederholte Grundleistungen abzurechnen sind über eine Erhöhung der betreffenden Prozentsätze (ggf. unter Abzug einer gewissen Minderung).

Es ist auch noch nicht deutlich, wie der Auftragnehmer reagieren kann, falls der Auftraggeber eben nicht verhandelt. Eine Möglichkeit kann sein, ein nachvollziehbares Nachtragsangebot über die geänderten Leistungen und das Änderungshonorar dem Auftraggeber vorzulegen. Darauf wird er reagieren müssen. Stellt man sich eine Parallele vor zur Rechtsprechung des BGH zur Preisanpassung bei verlängerter Bauzeit, kann das bedeuten, dass der Auftraggeber Verhandlungen aufnehmen und in einen **angemessenen** Preis einwilligen muss. Kommt es zu keiner Verhandlung und Einigung, wird der Auftragnehmer im Zweifel auf Zahlung der angemessenen Vergütung klagen können. So ist es z. B. entschieden worden für den alten § 4 a HOAI a. F. (BGH Urt. v. 30.09.2004 – Az. VII ZR 456/01 und BGH Urt. v. 10.05.2007 – Az. VII ZR 288/05).

## VII. Bauzeitverlängerungen

Schon die alte HOAI enthielt mit den §§ 4 Abs. 3, 4 a Satz 3 und 21 HOAI a. F. nur fragmentarische Regelungen zur Zusatzhonorierung bei verlängerter Planungs- und Bauzeit. Die neue HOAI hat von diesen Regelungen nur den § 4 Abs. 3 übernommen, der sich jetzt wieder findet in § 7 Abs. 4 HOAI. In § 7 Abs. 4 HOAI heißt es, dass die in der Verordnung festgesetzten Höchstsätze nur bei außergewöhnlichen oder ungewöhnlich lange dauernden Leistungen durch schriftliche Vereinbarung überschritten werden dürfen. Nach der Rechtsprechung des BGH zu § 4 Abs. 3 HOAI a. F. muss die schriftliche Vereinbarung zudem bereits bei Auftragserteilung getroffen werden (BGH BauR 2005, 118).

Damit betrifft auch der neue § 7 Abs. 4 von vornherein nicht die das eigentliche Problem darstellenden, sich erst während der Bauausführung ergebenden Bauzeitverlängerungen. Es ist somit weiterhin Sache der Vertragspartner, von vornherein entsprechende **vertragliche** Regelungen für den Fall unvorhergesehener Bauzeitverlängerungen zu treffen. Eine derartige Vereinbarung darf allerdings nicht zur Umgehung des Preisrechts der HOAI führen, wie der BGH in seiner Rechtsprechung zur alten HOAI mehrfach betont hat.

So hat der BGH (BauR 2005, 118) in einem Fall, in dem der Auftragnehmer Objektüberwachungsleistungen (Lp 8, § 15 HOAI) erbringen sollte und in dem die Parteien folgende vertragliche Vereinbarung getroffen hatten:

„Dauert die Bauausführung länger als 15 Monate, so sind die Parteien verpflichtet, über eine angemessene Erhöhung des Honorars für die Bauüberwachung (§ 15 Abs. 2 HOAI, Lp 8) zu verhandeln. Der nachgewiesene Mehraufwand ist dem Architekten in jedem Fall zu erstatten, es sei denn, dass der Architekt die Bauzeitüberschreitung zu vertreten hat,“

entschieden, dass diese „Verhandlungsklausel“ unter preisrechtlichen Gesichtspunkten keine zulässige Honorarvereinbarung darstelle. Zwar müssten die Parteien bei Vertragsschluss noch kein bestimmtes konkretes Honorar für den Fall der Bauzeitüberschreitung vereinbaren. Das in dem Fall der Bauzeitverlängerung geschuldete zusätzliche Honorar müsse aber von vornherein zumindest bestimmbar sein. Daher müsste eine preisrechtlich zulässige Vereinbarung Abrechnungsfaktoren enthalten, die die Höhe des Zuschlags zumindest berechenbar machen (z. B. pro Monat Betrag x). Eine solche Vereinbarung müsste sich außerdem innerhalb des preisrechtlich zulässigen Gestaltungsspielraums der HOAI halten, d. h., sich innerhalb der Mindest- und Höchstsätze bewegen.

Im obigen Fall hat der BGH dem Auftragnehmer letztlich über das Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage geholfen. Er hat dabei wie folgt argumentiert:

Geschäftsgrundlage für die Honorarvereinbarung sei eine Bauzeit von 15 Monaten gewesen. Mit der Vertragsanpassungsklausel hätten die Parteien die Rechtsfolgen für den Fall des Wegfalls dieser Geschäftsgrundlage geregelt. Danach sei über eine angemessene Erhöhung des Honorars für eine über 15 Monate hinausgehende Bauüberwachung zu verhandeln, wobei dem Auftragnehmer jedenfalls ein angemessener Ausgleich für den nachgewiesenen Mehraufwand zustehen solle. Dem Auftragnehmer stünde damit gegenüber dem Auftraggeber nicht nur ein Anspruch darauf zu, mit ihm über eine angemessene Vergütung für die längere Bauüberwachung zu verhandeln, sondern auch darauf, in eine angemessene Zusatzvergütung einzuwilligen.

Fazit:

Da auch die neue HOAI keine Honoraranpassungsregelungen für den Fall unvorhergesehener Bauzeitverlängerungen enthält, ist den Vertragspartnern wie bisher zu raten, von vornherein möglichst detaillierte Honorarregelungen für den Fall evtl. Bauzeitverlängerungen zu treffen (BGH BauR 2005, 118).

## **VIII. Sonstiges**

### **Abschlagszahlungen**

Bisher galt:

„Abschlagszahlungen können in angemessenen zeitlichen Abständen für nachgewiesene Leistungen gefordert werden (.)“ § 8 Abs. 2 HOAI a.F..

Die einzige Veränderung im neuen Verordnungstext bestimmt, dass Abschlagszahlungen nicht nur zu angemessenen, sondern auch **zu den vereinbarten** Zeitpunkten für nachgewiesene Leistungen gefordert werden können. Da auch bisher schon die Möglichkeit bestand, einen Zahlungsplan zu vereinbaren, betritt die jetzige Regelung also kein Neuland. Nach allgemeinem Verständnis gibt es den Anspruch auf Abschlagszahlungen auch dann, wenn er nicht ausdrücklich vertraglich vereinbart worden ist. Das ist eine der Änderungen, die der jetzt verabschiedete neue Text der HOAI zu dem Entwurf aus dem März 2009 enthält.

Ein wichtiger Unterschied zwischen dem Architektenhonorarrecht einerseits und dem Werkvertragsrecht im Übrigen andererseits besteht im Folgenden: Entsprechend § 15 Abs. 2 HOAI kann der Auftragnehmer den Abschlagszahlungsanspruch geltend machen, **ohne dass** beim Auftraggeber ein **Wertzuwachs** vorliegen muss. Im Recht der Abschlagszahlung entsprechend § 632 a BGB ist das Voraussetzung. Diese Voraussetzung ist in der Praxis schwer zu beweisen, weshalb Auftragnehmer ohne eine vertragliche Vereinbarung sich häufig schwer tun, einen Anspruch auf Abschlagszahlungen durchzusetzen.

Die Schlusszahlung wird entsprechend § 15 Abs. 1 HOAI fällig (soweit nichts anderes vertraglich vereinbart ist), wenn die Leistung vertragsgemäß erbracht **und** eine **prüffähige** Honorarschlussrechnung überreicht worden ist. Auch die neue Fälligkeitsregelung entspricht also der bisherigen Regelung des § 8 Abs. 1 HOAI a. F., wiederum lediglich ergänzt um den Vorbehalt einer anderweitigen vertraglichen Vereinbarung. **Abweichend** von der Fälligkeitsregel des § 641 BGB kommt es nicht auf die Abnahme des Werkes an. Auch das ist ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Honorarrecht einerseits und dem übrigen Werkvertragsrecht andererseits.

### **Streichung der künstlerischen Oberleitung**

Der bisherige § 15 Abs. 3 HOAI a.F. sah bekanntlich ein Honoraranspruch für denjenigen vor, der zwar die Grundleistungen der Leistungsphasen 1 bis 7, nicht jedoch die Objektüberwachung der Leistungsphase 8 im Auftrag hatte. Hier konnte ein besonderes Honorar **schriftlich** vereinbart werden. Diese langläufig als „Künstlerische Oberleitung“ beschriebene Leistung ist in der neuen HOAI nicht mehr geregelt. Das bedeutet, der Auftragnehmer kann eine freie Honorarvereinbarung treffen, die wohl auch formfrei ist. Auch wenn das Honorar für die künstlerische Oberleitung nicht zwingend schriftlich vereinbart werden muss, empfiehlt es sich doch dieses aus Gründen der Streitvermeidung zu tun.

### **Überleitungsvorschriften in Kraft treten**

Die neue HOAI gilt seit dem 18.08.2009. Der Bundesrat hatte am 12.06. d.J. zugestimmt. Gelten sollte sie einen Tag nach ihrer Verkündung. Verkündet worden ist sie im BGBl. I Nr. 53 vom 17.08.2009,

Seite 2732. Verträge, die vor diesem Zeitpunkt abgeschlossen worden sind, regeln sich noch nach dem Recht der alten HOAI. Abweichend kann die Rechtslage sein bei Stufen- oder Optionsverträgen. Hier kommt es darauf an, wann der verbindliche Auftrag für eine bestimmte Leistungsphase erteilt worden ist. Das kann dazu führen, dass in der Übergangsphase bei einem Bauvorhaben unterschiedliche Abrechnungsmethoden angewendet werden.

Rechtsanwalt Thomas Lübcke  
Rechtsanwalt Christof Geldmacher

Brügmann Rechtsanwälte  
Mozartstraße 21  
19053 Schwerin  
Tel. 0385/734466 u. 761020  
Fax 0385/734467  
schwerin@bruegmann-rechtsanwaelte.de  
www.bruegmann-rechtsanwaelte.de