

Berechnung des Honorars bei vertraglichen Änderungen des „Leistungsumfangs“ – § 10 HOAI 2013

Verfasser: Johann Rohrmüller

Inhaltsübersicht	Seite
Ziel des Beitrags	80
1 HOAI-Grundlagen zum Verständnis von § 10 HOAI 2013	80
1.1 Die HOAI als preisrechtliche Regelung des öffentlichen Rechts	80
1.2 Inhaltliches Zusammenwirken von HOAI und BGB	81
2 Die wesentlichen Regelungen des § 10 HOAI 2013 im Überblick	82
3 § 10 Abs. 1 HOAI 2013 – Änderung des „Leistungsumfangs“	82
3.1 Ursprüngliche Vereinbarung über die Leistung	82
3.1.1 Vereinbarte „Leistung“	83
3.1.1.1 Arbeitsschritte als vereinbarte Teilerfolge	85
3.1.1.2 Konkretisierungen der zu erfüllenden Leistung durch rechtsgeschäftsähnliche Billigungshandlungen	85
3.1.2 Zeitpunkt der Vereinbarung des werkvertraglichen Leistungsziels	86
3.2 Motiv des Ordnungsgebers sowie Sinn und Zweck des § 10 Abs. 1 HOAI 2013	87
3.2.1 Motiv des Ordnungsgebers	87
3.2.2 Sinn und Zweck der Regelung des § 10 Abs. 1 HOAI 2013	89
3.2.2.1 Suspendierung der so genannten Honorarsperre	89
3.2.2.2 Anpassung des preisrechtlichen Vergleichsmaßstabs	90
3.3 Tatbestandsvoraussetzungen des § 10 Abs. 1 HOAI 2013	90
3.3.1 Einigung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer	90
3.3.2 Zeitpunkt der Einigung	91
3.3.3 Änderungen des „Umfangs“ der beauftragten Leistung mit Änderung der anrechenbaren Kosten	92
3.3.3.1 Anrechenbare Kosten gemäß Kostenberechnungsmodell (§ 6 Abs. 1 und 2 HOAI 2013)	92
3.3.3.2 Anrechenbare Kosten einer Baukostenvereinbarung (§ 6 Abs. 3 HOAI 2013)	94

	Seite
3.3.4 Abgrenzungsfragen	94
3.3.4.1 Abgrenzung zur Teilkündigung	94
3.3.4.2 Abgrenzung zur Leistungsstörung	95
3.3.4.3 Keine sonstige Anpassung der Kostenberechnung	95
4 § 10 Abs. 2 HOAI 2013 – Wiederholung von Grundleistungen	97
4.1 Sinn und Zweck der Regelung	97
4.2 Anwendungsbereich	97
4.3 Tatbestandsmerkmal: Wiederholungsleistung	97
4.4 Tatbestandsmerkmal: Beauftragung der Wiederholung	98
4.4.1 Rechtsgeschäftliche Beauftragung	98
4.4.2 Abgrenzung zur normalen Leistung	98
4.4.3 Abgrenzung zur Besonderen Leistung	98
4.4.4 Abgrenzung zur Nachbesserung	99
5 Rechtsfolgen	99
5.1 Preisrechtliche Funktion	99
5.2 Verpflichtung zur Anpassung der Honorarbemessungsgrundlage (§ 10 Abs. 1 HOAI 2013)	100
5.2.1 § 10 Abs. 1 HOAI 2013 ist keine Anspruchsgrundlage, sondern eine preisrechtliche Begrenzung	100
5.2.2 Honorarberechnungsgrundlage	100
5.2.3 Inhalt der Vereinbarung über die Honoraranpassung	100
5.3 Vereinbarungsmöglichkeit des § 10 Abs. 2 HOAI 2013	102
6 Beispielfälle	102

Ziel des Beitrags

Mit Wirkung zum 17.07.2013 ist die neue Honorarordnung für Architekten und Ingenieure – HOAI in Kraft getreten. Das Verständnis der HOAI als Teil gesetzlicher Regelungen des öffentlich-rechtlichen Preisrechts wurde durch die beiden letzten Novellierungen nicht erleichtert, sondern eher noch erschwert.¹ Besondere Schwierigkeiten bereitet den kommunalen Auftraggebern die preisrechtliche Situation bei notwendigen Änderungen von Planungszielen. Die Berechnung des Mindest- und Höchstsatzhonorars bei vertraglichen Änderungen des „Leistungsumfangs“, gemeint ist das Leistungsziel, ist nunmehr in § 10 HOAI 2013 geregelt.

§ 10 HOAI 2013 bündelt Regelungen zur Honorierung von Änderungen bzw. Wiederholungen, wie sie in § 7 Abs. 5 HOAI 2009² und § 10 HOAI 2009 (siehe auch dessen Vorläufernorm, § 20 HOAI 1996/2002³) enthalten waren. Die erst mit der HOAI 2009 neu eingeführte Vorschrift des § 3 Abs. 2 Satz 2 HOAI 2009⁴, welche im Kontext von § 7 Abs. 5 und § 10 HOAI 2009 von diesen abzugrenzen war, entfiel mit der HOAI 2013 ersatzlos.⁵

Anwendungsvoraussetzungen, Tatbestandsmerkmale und Rechtsfolgen des neuen § 10 HOAI 2013 sind in der bereits vorliegenden kommentierenden Literatur sehr umstritten.⁶ Einigkeit besteht allenfalls darin, dass es sich bei § 10 HOAI 2013 um eine missglückte Regelung handelt.⁷ Für die Praxis ist die Bestimmung des § 10 HOAI 2013 mit beiden Absätzen inhaltlich unklar und bedarf deshalb unter Berücksichtigung des zugrunde liegenden Zwecks dringender Klärstellung.⁸ Mit diesem kurzen Beitrag soll der Praxis eine grundlegende Hilfestellung zum Verständnis und zur Anwendung des § 10 HOAI 2013 gegeben werden.

¹ War die HOAI in ihren früheren Fassungen lediglich ein schwierig zugängliches Regelwerk, so ist sie nunmehr seit der Fassung 2009 für die Praxis der Kommunen in manchen Teilen kaum noch handhabbar.

² Absatz 5 des § 7 HOAI 2009 „Honorarvereinbarung“ lautet: *„Ändert sich der beauftragte Leistungsumfang auf Veranlassung des Auftraggebers während der Laufzeit des Vertrages mit der Folge von Änderungen der anrechenbaren Kosten, Werten oder Verrechnungseinheiten, ist die dem Honorar zugrunde liegende Vereinbarung durch schriftliche Vereinbarung anzupassen.“*

³ § 20 Satz 1 „Mehrere Vor- oder Entwurfsplanungen“ in den Fassungen der HOAI 1996 bzw. 2002 lautet: *„Werden für dasselbe Gebäude auf Veranlassung des Auftraggebers mehrere Vor- oder Entwurfsplanungen nach grundsätzlich verschiedenen Anforderungen gefertigt, so können für die umfassendste Vor- oder Entwurfsplanung die vollen Vomhundertsätze dieser Leistungsphasen nach § 15, außerdem für jede andere Vor- oder Entwurfsplanung die Hälfte dieser Vomhundertsätze berechnet werden.“*

⁴ § 3 Abs. 2 HOAI 2009 lautet: *„Leistungen, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung eines Auftrags im Allgemeinen erforderlich sind, sind in Leistungsbildern erfasst. Andere Leistungen, die durch eine Änderung des Leistungsziels, des Leistungsumfangs, einer Änderung des Leistungsablaufs oder anderer Anordnungen des Auftraggebers erforderlich werden, sind von den Leistungsbildern nicht erfasst und gesondert frei zu vereinbaren und zu vergüten.“*

⁵ In § 3 Abs. 2 Satz 2 HOAI 2009 werden u. a. die Begriffe „Leistungsziel“ und „Leistungsablauf“ genannt. Der Begriff „Leistungsumfang“ wird sowohl in § 3 Abs. 2 Satz 2 als auch § 7 Abs. 5 HOAI 2009 verwendet. Was der Verordnungsgeber mit diesen verschiedenen Begriffen aussagen wollte, blieb weitgehend unklar. Der Verordnungsgeber hat mit der 7. Novellierung der HOAI durch die HOAI 2013 die Regelung des § 3 Abs. 2 Satz 2 jedenfalls gestrichen. Übrig blieb der neugefasste § 10 Abs. 1 HOAI 2013, der in seinen Tatbestandsvoraussetzungen, wie die Vorgängernorm, vom „Umfang der beauftragten Leistung“ spricht. Gemeint ist jedoch nicht der Leistungsumfang, sondern das Leistungsziel (siehe hierzu die Abschnitte 2 und 3.2.2).

⁶ siehe z. B. Locher/Koebler/Frik, Kommentar zur HOAI, 12. Auflage 2014, § 10 Rn. 5 ff., Morlock/Meurer, Die HOAI in der Praxis, 9. Auflage 2014, Rn. 780 ff.

⁷ z. B. Messerschmidt, Von der 6. zur 7. HOAI-Novelle 2013, BauR 2014, 359, 364: *„Die Bestimmung des § 10 HOAI ist (...) gleichermaßen von Aufbau und Inhalt her misslungen.“*

⁸ vgl. Messerschmidt, a. a. O., S. 365

§ 10 HOAI 2013 lautet wie folgt:

„§ 10 Berechnung des Honorars bei vertraglichen Änderungen des Leistungsumfangs

(1) Einigen sich Auftraggeber und Auftragnehmer während der Laufzeit des Vertrags darauf, dass der Umfang der beauftragten Leistung geändert wird, und ändern sich dadurch die anrechenbaren Kosten oder Flächen, so ist die Honorarberechnungsgrundlage für die Grundleistungen, die infolge des veränderten Leistungsumfangs zu erbringen sind, durch schriftliche Vereinbarung anzupassen.

(2) Einigen sich Auftraggeber und Auftragnehmer über die Wiederholung von Grundleistungen, ohne dass sich dadurch die anrechenbaren Kosten oder Flächen ändern, ist das Honorar für diese Grundleistungen entsprechend ihrem Anteil an der jeweiligen Leistungsphase schriftlich zu vereinbaren.“

1 HOAI-Grundlagen zum Verständnis von § 10 HOAI 2013

1.1 Die HOAI als preisrechtliche Regelung des öffentlichen Rechts

Die wichtigste Regelung zum Verständnis der HOAI 2013 überhaupt findet sich nicht in der HOAI selbst, sondern in § 134 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB). § 134 BGB lautet: „*Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.*“ Außerhalb des in § 7 Abs. 1 bis 4 HOAI 2013 gesetzlich fixierten Rahmens von Mindest- und Höchstsatzhonoraren sind zivilrechtliche Vereinbarungen gemäß § 134 BGB nichtig.⁹ § 7 HOAI 2013 ist ein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB.¹⁰ Die HOAI regelt dabei nicht die Höhe des vertraglichen Honorars, sondern zeigt nur die rechtlichen Grenzen nach unten bzw. oben (siehe das Mindestsatz- und das Höchstsatzhonorar) für eine Honorarvereinbarung auf.¹¹ Wenn bei Auftragserteilung keine schriftliche Honorarvereinbarung getroffen wurde, greift gemäß § 7 Abs. 5 HOAI 2013¹² die gesetzliche Mindestsatzfiktion. Der Ausgangspunkt für die HOAI ist dabei, ob eine schriftliche¹³ Vereinbarung zum Honorar bei der Auftragserteilung der Leistung vorliegt oder nicht. Ändern die Parteien durch zivil-

⁹ Dies hat allerdings nicht die Unwirksamkeit des gesamten Vertrags zur Folge. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) führt ein solcher Verstoß grundsätzlich nicht zur Nichtigkeit der ganzen Preisabrede, sondern nur zu deren Teilnichtigkeit (vgl. § 134 2. Halbsatz BGB). Die Nichtigkeit könne nämlich nicht weiter reichen als die tatbestandliche Erfüllung des Verbotsgesetzes.

¹⁰ siehe BGH, Urteile vom 11.10.2007 – VII ZR 25/06, BauR 2007, 2081, vom 16.12.2004 – VII ZR 16/03, BauR 2005, 735, und vom 13.09.2001 – VII ZR 380/00, BauR 2001, 1926 zur Vorläuferfassung des § 4 Abs. 1 HOAI 1996/2002

¹¹ Unzutreffend deshalb die Aussage bei Seifert, Zusatzhonorar bei geänderten/zusätzlichen Architektenleistungen, BauR 2014, 330, 335: „*Die HOAI regelt nur die Höhe des Honoraranspruchs für preisrechtlich geregelte Leistungsinhalte.*“ Denn die HOAI regelt nur die Grenzen der Vereinbarung zur Honorarhöhe über § 7 Abs. 1 bis 4 HOAI 2013 bzw. fingiert über § 7 Abs. 5 HOAI 2013 die Vereinbarung des Mindestsatzhonorars, wenn bei der Vereinbarung über die Leistung keine schriftliche Honorarvereinbarung getroffen wird.

¹² siehe auch § 7 Abs. 6 HOAI 2009 bzw. § 4 Abs. 4 HOAI 1996/2002

¹³ Das Schriftformerfordernis in § 7 Abs. 1 HOAI 2013 bezieht sich auf § 126 BGB. § 126 Abs. 1 BGB lautet: „*Ist durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben, so muss die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden.*“ § 126 Abs. 2 BGB lautet: „*Bei einem Vertrag muss die Unterzeichnung der Parteien auf derselben Urkunde erfolgen. Werden über den Vertrag mehrere gleichlautende Urkunden aufgenommen, so genügt es, wenn jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet.*“

rechtliche Vereinbarung das werkvertragliche Leistungsziel, ermöglicht die HOAI 2013 mit ihrem neuen § 10 eine Regelung zur gegebenenfalls erfolgenden zivilrechtlichen Honoraranpassung, indem der preisrechtliche Rahmen des öffentlichen Rechts angepasst wird.

1.2 Inhaltliches Zusammenwirken von HOAI und BGB

Die Vorschriften der HOAI 2013 sind sogar in ihrem eigentlichen Anwendungsbereich¹⁴ nur sehr schwer mit den zivilrechtlichen Regelungen des BGB in Einklang zu bringen.

Nach dem Werkvertragsrecht des BGB wird die werkvertragliche Vergütung (bzw. das Entgelt oder Honorar) im Austauschverhältnis für die Herstellung des Werks geschuldet. Der Vertrag mit dem Planer (z. B. Architektenvertrag) ist zivilrechtlich ein leistungszielorientierter Pauschalpreisvertrag, der den jeweiligen Leistungsphasen Teilpauschalen zuweist und dadurch gekennzeichnet ist, dass die zu erbringenden Leistungen erkennbar unvollständig, weil nur erfolgsbezogen vereinbart sind.¹⁵ Was dann der Architekt im Einzelfall zu leisten hat, ergibt sich durch leistungszielorientierte Auslegung des (Architekten-)Vertrags im Auftraggeberinteresse und umfasst im Rahmen der Planung umfangreiche Betreuungsleistungen durch den Planer mit dem Ziel, den Bauherrn bei der Festlegung des Vertragsgegenstands und dessen Leistungsziels fachkundig zu unterstützen und ihn im Rahmen des Objektplanungsprozesses vor nachteiligen Vermögensdispositionen zu bewahren.¹⁶ Eine völlig andere, nicht mit dem BGB zu vereinbarende Sichtweise liegt den §§ 1 und 3 der HOAI 2013 zugrunde. Die HOAI 2013 regelt nämlich die Berechnung der Entgelte für die Grundleistungen, soweit die Grundleistungen durch diese Verordnung erfasst werden (siehe § 1). Grundleistungen, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung eines Auftrags im Allgemeinen erforderlich sind, sind gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 HOAI 2013 in so genannten Leistungsbildern erfasst. Die Grundleistungen sind in den preisrechtlichen Leistungsbildern der Anlagen 2 bis 8 und 10 bis 15 aufgezählt. Sie gliedern sich in Leistungsphasen gemäß den Regelungen in den Teilen 2 bis 4 der HOAI.

Somit könnte durch die HOAI 2013 der – unzutreffende – Eindruck erweckt werden, dass das zivilrechtliche Honorar als Gegenleistung für die Abarbeitung der in der HOAI 2013 im einschlägigen Leistungsbild aufgezählten und dabei nach Leistungsphasen gegliederten Grundleistungen geschuldet wird. Diese Sichtweise, welche die Erfüllung einzelner Tätigkeitspflichten, ob isoliert oder in ihrer Aufsummierung betrachtet, in den Vordergrund stellt, lässt sich allerdings mit der der Entgeltverpflichtung gegenüberstehenden, werkvertraglichen Erfolgsverpflichtung nicht in Einklang bringen. Wir werden diesen Gedanken nachfolgend im Abschnitt 3.1.1 (Vereinbarte „Leistung“) bei genauerer Betrachtung des § 10 Abs. 1 HOAI 2013 vertiefen.

¹⁴ Der eigentliche Anwendungsbereich ist die gesetzliche Funktion als öffentlich-rechtliche Regelung des gesetzlichen Preisrechts. Die in der Praxis daneben stehende, und weitaus häufiger anzutreffende, faktische Funktion ist diejenige, Regelungen der HOAI durch vertragliche Bezugnahme zu Vertragsregelungen zu machen. Siehe hierzu den amtlichen Leitsatz im Urteil des BGH vom 26.07.2007 – VII ZR 42/05, BauR 2007, 1761: „Die Parteien eines Planungsvertrages können durch Bezugnahme auf die Leistungsbilder oder Leistungsphasen der HOAI diese zum Gegenstand der vertraglichen Leistungspflicht machen. Diese stellen dann eine Auslegungshilfe zur Bestimmung der vertraglich geschuldeten Leistung dar.“

¹⁵ Zum Vertrag mit dem Architekten siehe hierzu Löffelmann, in: Löffelmann/Fleischmann, Architektenrecht, Praxishandbuch zu Honorar und Haftung, 6. Auflage 2012, S. 37 Rn. 77

¹⁶ Löffelmann, in: Löffelmann/Fleischmann, a. a. O.

2 Die wesentlichen Regelungen des § 10 HOAI 2013 im Überblick

§ 10 HOAI 2013 hat nur eine rein preisrechtliche Funktion und regelt dabei – abweichend von § 7 Abs. 1 HOAI 2013,

(1) dass bei einer Vereinbarung über ein anderes **Leistungsziel**¹⁷ eine Honorarvereinbarung über eine Anpassung des Honorars nicht schon gemäß § 7 Abs. 1 zum Zeitpunkt der Änderungsvereinbarung über die Leistung getroffen werden muss und

(2) dass der **preisrechtliche Vergleichsmaßstab** des Rahmens von Mindest- und Höchstsatzhonorar für die Einschätzung, ob eine Honorarvereinbarung wirksam ist oder nicht, der geänderten Leistungszielvereinbarung angepasst wird.

Hierbei bezieht sich

- Absatz 1 auf den Fall, dass sich der preisrechtliche Vergleichsmaßstab hinsichtlich des HOAI-Kriteriums der anrechenbaren Kosten oder Flächen¹⁸ (siehe § 6 Abs. 1 Nr. 1 HOAI 2013) ändert,
- Absatz 2 auf den Fall, dass eine solche Änderung des gesetzlichen Vergleichsmaßstabs anhand der anrechenbaren Kosten nicht zu verzeichnen ist.

Ändert sich der preisrechtliche Vergleichsmaßstab des Rahmens von Mindest- und Höchstsatzhonorar, gibt bereits Absatz 1 die Möglichkeit einer Honorarvereinbarung für alle Honorarfolgen infolge der Änderung des Projektziels, auch für die Honorierung von wiederholt erbrachten Leistungen.¹⁹ Dies folgt bereits aus den Regeln des Zivilrechts in Verbindung mit den allgemein preisrechtlich begrenzenden Regelungen der HOAI, z. B. § 8 HOAI 2013.

Ändert sich dieser preisrechtliche Rahmen mangels Änderung anrechenbarer Kosten nicht, so dass Absatz 1 nicht einschlägig ist, wird die preisrechtliche Honoraränderungsmöglichkeit wegen zusätzlich beauftragter Leistungen, die sich als Wiederholungen darstellen, auch noch im zeitlichen Anschluss an die Änderungsvereinbarung zum Leistungsziel eigens durch § 10 Abs. 2 HOAI 2013 ermöglicht.

3 § 10 Abs. 1 HOAI 2013 – Änderung des „Leistungsumfangs“

3.1 Ursprüngliche Vereinbarung über die Leistung

Die Vereinbarung der zu erbringenden Leistung erfolgt ausschließlich anhand der rechtlichen Regeln des Zivilrechts, die maßgeblich vom Grundsatz der Vertragsfreiheit bestimmt sind. Umfang und Inhalt der vom Planer (Architekten) geschuldeten Leistung richten sich nach dem

¹⁷ So auch Berger/Fuchs, Einführung in die HOAI, 4. Auflage 2013, S. 146, die zutreffend in § 10 eine Regelung zum Leistungsziel sehen. Ähnlich: Morlock/Meurer, a. a. O., Rn. 823, und Seifert, a. a. O., S. 338. Unzutreffend jedoch Locher/Koeble/Frik, a. a. O., § 10 Rn. 12 und 13.

¹⁸ In diesem Beitrag wird auf die Flächenplanung nicht weiter eingegangen.

¹⁹ Im Ergebnis ähnlich, aber mit preisrechtlich nicht tragfähiger Begründung: Messerschmidt, a. a. O., S. 366

Vertragsrecht des BGB und nicht nach den Leistungsbildern und Leistungsphasen der HOAI.²⁰ Die Vertragsparteien haben infolgedessen die grundsätzlich uneingeschränkte Rechtsmacht, Vertragsänderungen zu vereinbaren. Soll die vertraglich vereinbarte Aufgabenstellung einvernehmlich geändert werden, können dies die Vertragsparteien selbstverständlich anhand der hierfür geltenden zivilrechtlichen Regelungen tun.²¹

Das Preisrecht der HOAI **reagiert** nur auf zivilrechtliche Veränderungen der Vereinbarung über das werkvertraglich zu erbringende Werk, nämlich die vertragliche Leistung. An dieser Stelle muss darauf hingewiesen werden, dass der Begriff „Leistung“ häufig zu Missverständnissen Anlass gibt.

3.1.1 Vereinbarte „Leistung“

Der Begriff der „Leistung“ taucht in der HOAI 2013 erst bei § 10 Abs. 1 auf, wobei erkennbar auf den zivilrechtlichen Leistungsbegriff abgestellt wird, in dem dort vom „Umfang der beauftragten Leistung“ (Anm.: verwendet im Singular) gesprochen wird. Bis dahin ist – im Plural – nur die Rede von Grundleistungen bzw. Leistungen. Hierbei muss berücksichtigt werden, dass der Begriff der Grundleistungen mit der HOAI 2009 vorübergehend durch den Begriff der Leistungen ersetzt wurde. Mit der HOAI 2013 wurde dies wieder rückgängig gemacht. Die Leistungen (Anm.: verwendet wird dabei der Plural) sind nunmehr wieder Grundleistungen und Besondere Leistungen (wie zuvor bei § 2 Abs. 1 HOAI 1996/2002).

Diese begriffliche Unterscheidung ist von Relevanz, weil auch darin die Diskrepanz der verschiedenen Strukturen von HOAI und BGB aufscheint. Es ist nämlich bezeichnend, dass in § 10 Abs. 1 HOAI 2013 **nicht** vom Umfang der beauftragten Grundleistungen die Rede ist. Die Diskrepanz rührt daher, dass sich in der HOAI eine Lücke auftut. Es fehlt in der HOAI (mit Ausnahme von § 10 Abs. 1 und § 15²², die beide mit dem Begriff „Leistung“ begrifflich auf das Zivilrecht verweisen²³) das ausdrückliche rechtliche Gegenstück zum werkvertraglichen Erfolg. Lediglich mittelbar ist über die preisrechtlichen Leistungsbilder, z. B. in der Anlage 10, 10.1 anhand der Begriffe „Aufgabenstellung“, „Zielvorstellungen“ und „Zielkonflikte“ überhaupt erkennbar, welchem Zweck die Grundleistungen als Einzelteile des nicht genannten Gesamten dienen sollen.

Immerhin ist nunmehr aus der Überschrift des § 10 HOAI 2013 („*Berechnung des Honorars bei vertraglichen Änderungen des Leistungsumfangs*“) und dem Wortlaut seines Absatzes 1 erkennbar, dass die Änderung der zivilrechtlichen Vereinbarung über die Leistung²⁴ gemeint ist, auf welche das Preisrecht reagiert, wenn sich dadurch die anrechenbaren Kosten ändern.

²⁰ siehe BGH, Urteil vom 24.06.2004 – VII ZR 259/02, BauR 2004, 1640

²¹ Die vertragliche Aufgabenstellung ändert sich nicht von selbst. Zur Konkretisierung der Aufgabenstellung siehe Abschnitt 3.1.1.2.

²² Es heißt in § 15 HOAI 2013: „*Das Honorar wird fällig, wenn die Leistung abgenommen und eine prüffähige Honorarschlussrechnung überreicht worden ist, es sei denn, es wurde etwas anderes schriftlich vereinbart.*“

²³ Siehe auch die Formulierung der früheren HOAI-Fassungen. § 8 Abs. 1 HOAI 1996/2002 lautet: „*Das Honorar wird fällig, wenn die Leistung vertragsgerecht erbracht und eine prüffähige Honorarschlussrechnung überreicht worden ist.*“ § 15 Abs. 1 HOAI 2009 lautet: „*Das Honorar wird fällig, soweit nichts anderes vertraglich vereinbart ist, wenn die Leistung vertragsgemäß erbracht und eine prüffähige Honorarschlussrechnung überreicht worden ist.*“

²⁴ Der vom Ordnungsgeber gewählte Begriff „Leistungsumfang“ ist allerdings irreführend. Es geht im Regelungsbereich von § 10 HOAI 2013 nicht um den Umfang, sondern um den Inhalt der vereinbarten Leistung. So auch Seifert, a. a. O., S. 338.

An dieser Stelle verweist die HOAI also auf die vertraglich geschuldete Leistung, die beim Werkvertrag mit dem Architekten bzw. Ingenieur in der Herbeiführung des werkvertraglichen Erfolgs liegt. So gesehen war es auch für den Ordnungsgeber notwendig, zumindest auch bei § 15 Abs. 1 HOAI 2013 die werkvertragliche Abnahme²⁵ bei Erreichen des werkvertraglichen Erfolgs als eine der Fälligkeitsvoraussetzungen mit aufzunehmen, indem nunmehr gefordert wird, dass „die Leistung abgenommen“ worden ist.

Damit ist ein innerhalb der HOAI 2013 enthaltener Bruch in der Systematik aufgezeigt. Aus §§ 1 und 3 HOAI 2013 könnte an sich gefolgert werden, dass das Preisrecht der HOAI das Entgelt als Äquivalent lediglich für die Summe der erbrachten Grundleistungen betrachtet, welche zur „ordnungsgemäßen Erfüllung“ eines Auftrags im Allgemeinen erforderlich sind (siehe hierzu die Ausführungen oben bei Abschnitt 1.2). Bei § 10 Abs. 1 HOAI 2013 hingegen wird schon der Auftrag mit der beauftragten Leistung in das Blickfeld gerückt. Somit schlägt die HOAI an dieser Stelle zumindest selbst eine Brücke zum zivilrechtlichen Werkvertrag, indem sie für die Fälligkeit des Honorars und bei Vertragsänderungen des werkvertraglichen Leistungsziels Strukturen des Werkvertrags für ihre preisrechtlichen Regelungen zum Mindest- bzw. Höchstsatzhonorar übernimmt. Es fehlt aber in der HOAI noch die ausdrückliche Umsetzung der zivilrechtlichen Rechtstatsache, dass Erfüllung im werkvertraglichen Sinne die Herbeiführung der Leistung als **Leistungserfolg** bedeutet. Die Vornahme bloßer Leistungshandlungen bzw. von Arbeitsschritten ist für das Werkvertragsrecht und die Erfüllung unerheblich, solange nicht der geschuldete Leistungserfolg eingetreten ist. Nur dieser bewirkt die Erfüllung (siehe § 362 BGB) und kann bei § 3 Abs. 2 Satz 1 HOAI 2013 sowie bei § 15 HOAI 2013 als materielle Voraussetzung für die Abnahme (§ 640 BGB) gemeint sein.

Es ist deshalb nicht mit der geltenden Rechtslage vereinbar, wenn behauptet wird, dass „erneut zu erbringende Leistungen grundsätzlich nicht von der vereinbarten Vergütung abgegolten sind“²⁶, wenn mit den zu erbringenden „Leistungen“ lediglich die Leistungshandlungen bzw. einzelne Arbeitsschritte gemeint sind. Überspitzt betrachtet hat die HOAI auch in ihrer neuesten Fassung noch einen dogmatischen Aufholbedarf, der den in Jahrzehnten ergangenen grundlegenden Entscheidungen des BGH²⁷ zur rechtlichen Einschätzung der Leistung der Architekten und Ingenieure im Bereich des Werkvertragsrechts Rechnung trägt. Der werkvertragliche Erfolg ist z. B. beim Architektenvertrag, anders als beim Bauvertrag mit dem Bauunternehmer (Erfolg = hergestelltes Bauwerk), nicht unmittelbar erkennbar. Es bedarf für die Einordnung als Werkvertrag eines juristischen Kunstgriffs, der wie folgt beschrieben werden kann: Der Architekt schuldet zwar nicht das Bauwerk selbst als körperliche Sache. Er hat aber durch zahlreiche ihm obliegende Einzelleistungen dafür zu sorgen, dass das Bauwerk plangerecht und frei von Mängeln entsteht und zur Vollendung kommt. All diese Einzelleistungen (bzw. Tätigkeiten) dienen der Verwirklichung des im Bauplan verkörperten geistigen Werkes und haben somit den Zweck, den dem Bauherrn geschuldeten **Erfolg, die mängelfreie Errichtung des geplanten Bauwerks**, zu bewirken. Bei rein streng dogmatischer Sicht führt der Architekt mit seinen Handlungen bzw. seinen Tätigkeiten zunächst nur **einen einzigen Erfolg herbei, nämlich die baureife Planung**.²⁸ Die Planung ist nur ein geistiges Werk, führt aber zu einem zumindest gedanklich greifbaren und den Planungsvorgang abschließenden Ergebnis, das auf

²⁵ Zur Abnahme des Werks beim Vertrag mit dem Architekten gemäß § 640 BGB siehe aktuell: BGH, Urteil vom 20.02.2014 – VII ZR 26/12

²⁶ so aber unzutreffend Seifert, a. a. O., S. 335

²⁷ siehe z. B. BGH, Urteile vom 26.11.1959 – VII ZR 120/58, NJW 1960, 431, und vom 07.03.1974 – VII ZR 217/72, NJW 1974, 898

²⁸ Rohrmüller, in: Löffelmann/Fleischmann, a. a. O., S. 1001 Rn. 121

Papier bzw. auf Datenträger verkörpert ist. Die weiteren Handlungen und Tätigkeiten führen für sich genommen zwar zu keinem unmittelbar wahrnehmbaren eigenständigen Erfolg, jedoch zu einem **insgesamt feststellbaren Ergebnis**. Dabei wird das Kümmern des Architekten auf dem Weg zur Herstellung des Bauwerks als ein erfolgreiches Bewirken aufgefasst. Ein werkvertraglicher Erfolg ist immer ein Ergebnis als Abschluss eines Vorgangs. In diesem Sinne ist der Gesamterfolg des Architektenwerks zu sehen. Das plangerecht hergestellte Bauwerk ist auch das Ergebnis des zum Abschluss gekommenen Kümmerns des Architekten zur Verwirklichung des Bauwerks. Der Vorgang des Kümmerns (Leistungshandlung) kumuliert mit dem Abschluss des Bauvorhabens zu einem eigenständigen Ergebnis der Tätigkeit des Architekten und wird im Sinne von § 631 BGB „erfolgreich“ (Leistungserfolg). Denn die Summe der Einzelleistungshandlungen des Kümmerns wird damit am Ende der Tätigkeit zum Bewirken.

3.1.1.1 Arbeitsschritte als vereinbarte Teilerfolge

In diesem Zusammenhang muss auch die so genannte Teilerfolgsrechtsprechung des BGH²⁹ gewürdigt werden, mit welcher der BGH seine frühere Rechtsprechung zu so genannten zentralen Leistungen aufgab. Der BGH entschied, dass der vom Architekten geschuldete Gesamterfolg im Regelfall nicht darauf beschränkt sei, dass er die Aufgaben wahrnehme, die für die mangelfreie Errichtung des Bauwerks erforderlich seien. Vielmehr könnten auch Teilerfolge vereinbart sein. Inwieweit das der Fall sei, wäre durch die Auslegung des Vertrags zu ermitteln. Dabei seien die durch den Vertrag begründeten Interessen des Bestellers an den Arbeitsschritten zu berücksichtigen.

Diese Rechtsprechung des BGH darf jedoch nicht so verstanden werden, dass derartig vereinbarte Arbeitsschritte als Teilerfolge in ihrer Aufsummierung damit den werkvertraglich geschuldeten Gesamterfolg ablösen würden. Der BGH hat die von ihm erkannten werkvertraglichen Teilerfolge als von den Parteien zusätzlich vereinbarte Teilerfolge gewürdigt, die zusätzlich neben dem uneingeschränkt herbeizuführenden Gesamterfolg stehen.

3.1.1.2 Konkretisierungen der zu erfüllenden Leistung durch rechtsgeschäftsähnliche Billigungshandlungen

Der Vertrag mit dem Planer ist ein Werkvertrag, der während der Erfüllung hin zum Werkerfolg wechselseitige Kooperations- und Abstimmungsnotwendigkeiten mit sich bringt. Auch nach Vereinbarung des Planungsziels, als Voraussetzung des Planungsvorgangs, sind noch Festlegungen nötig, die aufgrund von einseitigen Entscheidungen des Auftraggebers das Planungsziel konkretisieren. Der Auftraggeber hat das Recht, das ihm vorgelegte erfüllungstaugliche Planungskonzept³⁰ mit Kostenschätzung und den ihm vorgelegten erfüllungstauglichen Entwurf mit Kostenberechnung³¹ zu billigen.

²⁹ BGH, Urteile vom 24.06.2004 – VII ZR 259/02, BauR 2004, 1640, 1643, und vom 11.11.2004 – VII ZR 128/03, BauR 2005, 400, 405

³⁰ Selbstverständlich erst nachdem zuvor vom Planer taugliche Variantenvorschläge unterbreitet wurden; dabei kann die Anzahl der Varianten – ohne ausdrückliche Vereinbarung – nach werkvertraglichen Gesichtspunkten nicht begrenzt sein. Wie hier auch Seifert, a. a. O., S. 335, mit Bezugnahme auf Fuchs, in: Kapellmann/Vygen/Fuchs, Jahrbuch Baurecht 2013, S. 177, 193, mit Verweis auf Werner/Pastor, Der Bauprozess, 13. Auflage 2011, Rn. 1014; a. A. Motzke, BauR 1994, 570, 574, allerdings mit nicht tragfähiger Begründung.

³¹ Eine anfängliche Kostenvorgabe kann gegebenenfalls auch dadurch hinfällig werden, dass eine Kostenermittlung, deren Inhalt den Charakter einer Planungsvorgabe des Bauherrn angenommen hat, durch eine dem Bauherrn überreichte, höhere Baukosten ausweisende Kostenermittlung abgelöst wird. Siehe hierzu auch Ihle, in: Löffelmann/Fleischmann, a. a. O., Rn. 2140: „Führt der Architekt keine ordnungsgemäßen Kostenermittlungen durch, schneidet er sich selbst den Einwand ab, den Bauherrn über die von der Erstvorgabe abweichende Kostenermittlung rechtzeitig unterrichtet zu haben.“

Notwendige Entscheidungen des Auftraggebers im Projektablauf nach Leistungsphasen								
1	2	3	4	5	6	7	8	9
	Billigung Konzept mit Kostenschätzung	Billigung Entwurf mit Kostenberechnung						

Zur Bewirkung des werkvertraglichen Erfolgs ist der Planer auf diese Entscheidungen als rechtliche Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers angewiesen. Deshalb steht dem Recht des Auftraggebers auch dessen Verpflichtung zur Mitwirkung gegenüber, bei deren Verletzung gegebenenfalls die Rechtsfolgen des Annahmeverzugs (siehe §§ 293 ff. BGB) eintreten.

Die notwendigen Entscheidungen sind im Rechtssinn konkretisierend. Hat der Auftraggeber die Konkretisierung anhand seiner Billigungsentscheidungen wirksam bewirkt,³² ist er nicht berechtigt, den „Leistungsgegenstand“ durch einseitige Vorgabe auszuwechseln.

Auf diesen Aspekt werden wir bei dem honorarbestimmenden Gesichtspunkt zusätzlicher Beauftragungen mit Wiederholungsplanungen zurückkommen (z. B. nach Billigung einer erfüllungstauglich vorgelegten Entwurfsplanung entschließt sich der Auftraggeber infolge einer Kosteneinsparungsoffensive zum Rückschritt in die Entwurfsplanung und beauftragt diese mit grundsätzlich verschiedenen Anforderungen [siehe Abschnitt 4.3]).

3.1.2 Zeitpunkt der Vereinbarung des werkvertraglichen Leistungsziels

Es stellt sich in der Praxis die Frage, ab wann und wie konkret das Leistungsziel im Vertrag schon vereinbart ist. Denn bei einer leistungszielorientierten Pauschalierung können die Einzelheiten der erforderlichen Leistungen **bekannt**³³ oder (weitaus häufiger) **noch nicht bekannt** sein. Viele baukundige Auftraggeber kennen die zu beauftragenden Leistungsziele und Grundlagen für die Aufgabenerfüllung sehr gut. Sie beauftragen dann die Grundlagenermittlung (siehe Leistungsphase 1) typischerweise nicht, wenn diese als „Inhouse“-Leistungsphase ohnehin schon erbracht wurde.³⁴ Der Vorteil eines solchen Vorgehens liegt für den Planer/Architekten zunächst darin, dass er gegebenenfalls einen stringent die Planungsvorgänge begleitenden und meist zielgerichtet auch fördernden Vertragspartner im Sinne kooperativer Zusammenarbeit findet.

Die vertragliche Zielfestlegung kann aber auch erst **nach Vertragsabschluss** stattfinden. Sie wird dadurch erreicht, dass nach der Auftragserteilung in der Leistungsphase der Grundlagenermittlung die wichtigsten Fragen gestellt und beantwortet werden. Dies ist Voraussetzung dafür, dass überhaupt mit der planerischen Tätigkeit begonnen werden kann.

Es ist das Wesen des Vertrags mit dem Planer, insbesondere des Architektenvertrags, dass nicht alle Planungsvorgaben bereits beim Abschluss des Vertrags feststehen, sondern erst im

³² Dies sind im Rechtssinn so genannte rechtsgeschäftsähnliche Handlungen, die entsprechende Vertretungsmacht auf Seite des Handelnden voraussetzen. Bei den Kommunen hat in der Regel das Gremium über derartige Billigungsentscheidungen zu befinden.

³³ siehe insbesondere beim gewerblichen Bauen oder bei gegebenenfalls manchen Bauvorhaben der öffentlichen Hand

³⁴ Selbstverständlich muss die Grundlagenermittlung vollständig erbracht werden.

Laufe des Planungsprozesses entwickelt und zum Vertragsinhalt werden.³⁵ Zu solchen im Laufe des Planungsprozesses zu entwickelnden Planungsdetails gehören auch die Kostenvorstellungen des Auftraggebers hinsichtlich der Errichtung des Bauwerks, wenn sie nicht bereits bei Abschluss des Vertrags zum Ausdruck gebracht worden sind.³⁶ Diese Kostenvorstellungen sind auch dann beachtlich, wenn sie nicht eine genaue Bausummenobergrenze enthalten, sondern nur Angaben zur ungefähren Bausumme.³⁷ Derartige Angaben stecken im Regelfall einen Kostenrahmen ab, den der Auftraggeber nicht überschreiten will.³⁸ Der Architekt ist im Laufe des Planungsprozesses gehalten, Zweifel über den Grenzbereich der vom Auftraggeber noch hingenommenen Herstellungskosten auszuräumen.³⁹

3.2 Motiv des Verordnungsgebers sowie Sinn und Zweck des § 10 Abs. 1 HOAI 2013

3.2.1 Motiv des Verordnungsgebers

Mit § 10 Abs. 1 HOAI 2013 liegt eine Nachfolgeregelung zu § 7 Abs. 5 HOAI 2009⁴⁰ vor. Das Motiv des Verordnungsgebers für § 7 Abs. 5 HOAI 2009 liegt im Kernbereich der 6. Novelle der HOAI begründet. Bei dieser Novellierung wurde die Differenzierung anhand der Kostenermittlungsarten⁴¹ nach DIN 276 (Kostenberechnung, Kostenanschlag und Kostenfeststellung), siehe §§ 10 Abs. 2, 52 Abs. 2, 62 Abs. 2 HOAI 1996/2002, aufgegeben. Maßgeblich ist für die Ermittlung der anrechenbaren Kosten seitdem nur noch die Kostenberechnung (siehe § 6 Abs. 1 Nr. 1 HOAI 2013). Ergaben sich Änderungen im Projektziel, so wirkten sie sich nach der früheren Regelung ohnehin honorarwirksam über die nächste maßgebliche Kostenermittlungsart (Kostenanschlag oder Kostenfeststellung) aus.

³⁵ siehe BGH, Urteil vom 21.03.2013 – VII ZR 230/11, IBR 2013, 284, NJW 2013, 1593

³⁶ BGH, a. a. O.

³⁷ BGH, a. a. O.

³⁸ BGH, a. a. O.

³⁹ BGH, a. a. O.

⁴⁰ Eine dem § 7 Abs. 5 HOAI 2009 vom Anlass her ähnliche Regelung war im Übrigen der frühere § 4a Satz 2 HOAI 1996/2002.

⁴¹ Seit der DIN 276-1:2006-11 wird anstelle des Begriffs „Kostenermittlungsart“ der Begriff „Kostenermittlungsstufe“ gebraucht.

Siehe hierzu nachfolgende schematische Übersichten:

Übersicht zum System seit der HOAI 2009

anrechenbare Kosten unter Zugrundelegung	Leistungsphasen								
	1	2	3	4	5	6	7	8	9
der Kostenberechnung									
bei der Tragwerksplanung	1	2	3	4	5	6			
der Kostenberechnung									

Anm.: Das Leistungsbild der Tragwerksplanung endet bei der Leistungsphase 6.

Übersicht zum früheren System der Dreiteilung (§ 10 Abs. 2 Nrn. 1 bis 3 HOAI 1996/2002)

anrechenbare Kosten unter Zugrundelegung	Leistungsphasen								
	1	2	3	4	5	6	7	8	9
der Kostenberechnung									
des Kostenanschlags									
der Kostenfeststellung									

Übersicht zum früheren System der Zweiteilung bei Ingenieurbauwerken und Verkehrsanlagen (§ 52 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 HOAI 1996/2002)

anrechenbare Kosten unter Zugrundelegung	Leistungsphasen								
	1	2	3	4	5	6	7	8	9
der Kostenberechnung									
der Kostenfeststellung									

Übersicht zum früheren System der Zweiteilung bei der Tragwerksplanung (§ 62 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 HOAI 1996/2002)

anrechenbare Kosten unter Zugrundelegung	Leistungsphasen								
	1	2	3	4	5	6			
der Kostenberechnung									
der Kostenfeststellung									

Anm.: Das Leistungsbild der Tragwerksplanung endet bei der Leistungsphase 6.

3.2.2 Sinn und Zweck der Regelung des § 10 Abs. 1 HOAI 2013

Zum einen bewirkt § 10 Abs. 1 HOAI 2013, dass bei einer Vereinbarung über ein anderes **Leistungsziel**⁴² eine Honorarvereinbarung über eine Anpassung des Honorars nicht schon gemäß § 7 Abs. 1 HOAI 2013 zum Zeitpunkt der Änderungsvereinbarung über die Leistung getroffen werden muss (Suspendierung der sog. Honorarsperre), und zum anderen, dass der preisrechtliche Vergleichsmaßstab des Rahmens von Mindest- und Höchstsatzhonorar für die Einschätzung, ob eine Honorarvereinbarung wirksam ist oder nicht, der geänderten Leistungszielvereinbarung angepasst wird.

3.2.2.1 Suspendierung der so genannten Honorarsperre

Mit der so genannten **Honorarsperre** sind infolge des Regelungszwecks von § 7 Abs. 1 und § 6 HOAI 2013 vertragliche Änderungen zur Höhe des Honorars nicht wirksam, wenn sie noch vor der Beendigung der Leistungen des Architekten getroffen werden. Diese Beschränkung der Vertragsfreiheit soll gewährleisten, dass ein etwaiger Streit über die Höhe des Honorars nicht dazu führt, dass die Ausführung der noch nicht erbrachten Teile der geschuldeten Leistung des Architekten durch eine Vertragsverletzung gefährdet wird. Diese so genannte Honorarsperre ist nicht unmittelbar aus dem Gesetzestext zu entnehmen. Der BGH hat sie zur Rechtslage nach der HOAI a. F. entwickelt⁴³ und in ständiger Rechtsprechung weitergeführt. Gründe für eine Änderung der Rechtsprechung haben sich durch die neue HOAI 2013 nicht ergeben.

Während der Abwicklung der Baumaßnahme („während der Laufzeit des Vertrags“) hat § 10 Abs. 1 HOAI 2013 eine wichtige Funktion und unterscheidet sich darin wesentlich von den Absätzen 1 und 5 des § 7 HOAI 2013, welche die Vergütungssituation bei der Beauftragung mit der Leistung lediglich statisch fixieren.

Ohne die Regelung in § 10 Abs. 1 HOAI 2013 würden sofort zum Zeitpunkt der zivilrechtlichen Wirksamkeit einer Änderung des ursprünglich beauftragten Leistungsziels wiederum die Rechtsfolgen der Absätze 1 und 5 des § 7 HOAI 2013 (Mindestsatzfiktion) greifen. Denn auch die Vertragsänderung über ein geändertes Leistungsziel ist eine Auftragserteilung im Sinne von § 7 Abs. 1 und 5 HOAI 2013. Das gesetzliche Preisrecht macht zum Zeitpunkt der Auftragserteilung (Angebot und Annahme des Vertrags über die Leistung, §§ 145 ff. BGB) nur eine Momentaufnahme.⁴⁴ Zu diesem Zeitpunkt der (wirksamen) Auftragserteilung müsste schon eine schriftliche Honorarvereinbarung für die Änderung vorliegen, ansonsten würde die Mindestsatzfiktion des § 7 Abs. 5 HOAI 2013 greifen. Die Mindestsatzfiktion des § 7 Abs. 5 HOAI 2013 und die so genannte Honorarsperre ab Auftragserteilung bis zur Beendigung der Leistung schaffen zwar Rechtssicherheit während der Vertragsdurchführung, denn entgegenstehende Vereinbarungen zum Honorar sind nach der Rechtsprechung des BGH unwirksam. Für den Fall von Änderungen des Leistungsziels während der Durchführung des Vertrags ist das aber nicht interessengerecht. Hier greift nun § 10 Abs. 1 HOAI 2013. Dass die Vertragspartner sich während der Durchführung des Vertrags **rechtzeitig** im Sinne der HOAI bei Änderungen des Leistungsziels – nämlich sofort – auch über hieraus resultierende Honoraränderungen einigen können, ist eine unrealistische Vorstellung.⁴⁵ Dies war dem Ordnungsgeber wohl bewusst. Mit § 10 Abs. 1 HOAI 2013 wurde gegenüber § 7 Abs. 5 HOAI 2013 (als Nachfolgeregelung für

⁴² Auch Berger/Fuchs, a. a. O., S. 146, sehen im Ergebnis in § 10 HOAI 2013 eine Regelung zum Leistungsziel.

⁴³ siehe Urteil vom 25.09.1986 – VII ZR 324/85, BauR 1987, 112

⁴⁴ siehe Rohrmüller, in: Löffelmann/Fleischmann, a. a. O., S. 987 Rn. 91

⁴⁵ siehe Rohrmüller, in: Löffelmann/Fleischmann, a. a. O., S. 987 Rn. 92

§ 7 Abs. 5 HOAI 2009⁴⁶ gegenüber § 7 Abs. 6 HOAI 2009) eine Sonderregelung geschaffen, die im Bereich des gesetzlichen Preisrechts dem **Kooperationscharakter des Vertrags über Architektenleistungen** während der Vertragslaufzeit Rechnung trägt.⁴⁷ Es reicht aus, dass die Vereinbarung über die Honorarberechnungsgrundlage durch schriftliche Vereinbarung anzupassen ist. Diese muss nicht zum Zeitpunkt der Einigung über die Vertragszieländerung erfolgen.

3.2.2.2 Anpassung des preisrechtlichen Vergleichsmaßstabs

Mit § 10 Abs. 1 HOAI 2013 wird geregelt, dass der preisrechtliche Vergleichsmaßstab des Rahmens von Mindest- und Höchstsatzhonorar für die Einschätzung, ob eine Honorarvereinbarung wirksam ist oder nicht, der geänderten Leistungszielvereinbarung angepasst wird. Hierbei bezieht sich Absatz 1 auf den Fall, dass sich der preisrechtliche Vergleichsmaßstab hinsichtlich des HOAI-Kriteriums der anrechenbaren Kosten (siehe § 6 Abs. 1 Nr. 1 HOAI 2013) ändert. Ändert sich der preisrechtliche Vergleichsmaßstab des Rahmens von Mindest- und Höchstsatzhonorar, gibt bereits Absatz 1 die Möglichkeit einer Honorarvereinbarung für alle Honorarfolgen infolge der Änderung des Projektziels, auch für die Honorierung von wiederholt erbrachten Leistungen. Dies folgt bereits aus den allgemeinen Regeln des Zivilrechts in Verbindung mit den allgemeinen preisrechtlich begrenzenden Regelungen der HOAI, z. B. § 8 HOAI 2013.

3.3 Tatbestandsvoraussetzungen des § 10 Abs. 1 HOAI 2013

Die Anpassung der Honorarberechnungsgrundlage setzt gemäß § 10 Abs. 1 HOAI 2013 voraus, dass sich Auftraggeber und Auftragnehmer während der Laufzeit des Vertrags darauf einigen, den Umfang der beauftragten Leistung zu ändern und sich dadurch die anrechenbaren Kosten oder Flächen⁴⁸ ändern.

3.3.1 Einigung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer

Die missverständliche Formulierung in § 7 Abs. 5 HOAI 2009 („Ändert sich der beauftragte Leistungsumfang auf Veranlassung des Auftraggebers“) wurde bei der Neufassung der Regelung in § 10 Abs. 1 HOAI 2013 nicht übernommen. Dass Änderungen des Vertrags in Hinblick auf Änderungen des Leistungsziels meist von Seiten des Auftraggebers initiiert werden, ist allgemein bekannt.

Ob dem Auftraggeber ein dem Vertragstypus des Vertrags mit dem Planer entspringendes originäres Recht zur einseitigen Änderung des vertraglichen Leistungsziels zusteht, ähnlich dem vertraglichen Leistungsbestimmungsrecht des § 1 Abs. 3 und 4 Satz 2 VOB/B, wird seit einigen Jahren in der Literatur diskutiert.⁴⁹ Der BGH hat dies in seiner Entscheidung zum Lehrter Bahn-

⁴⁶ Achtung: § 7 Abs. 5 HOAI 2009 und § 7 Abs. 5 HOAI 2013 dürfen nicht verwechselt werden.

⁴⁷ siehe zu § 7 Abs. 5 HOAI 2009 Rohrmüller, in: Löffelmann/Fleischmann, a. a. O., S. 987 Rn. 93

⁴⁸ In diesem Beitrag wird nur auf eine Änderung anrechenbarer Kosten eingegangen.

⁴⁹ siehe auch Rohrmüller, HOAI 2009, 7. Auflage 2009, Einführung, S. 28

hof zumindest nicht ausgeschlossen.⁵⁰ Die damit zusammenhängenden Fragen sind jedoch keine des öffentlichen Preisrechts der HOAI, sondern rein zivilrechtlicher Natur.⁵¹

Die frühere Regelung hätte aber auch so missverstanden werden können, dass auch eine von dritter Seite ohne Vertretungsmacht vorgenommene Änderung für die Anwendung von § 7 Abs. 5 HOAI 2009 ausgereicht hätte. Der Ordnungsgeber der HOAI hatte aber keine Gesetzgebungskompetenz⁵², mit § 7 Abs. 5 HOAI 2009 zur rechtsgeschäftlichen Zurechnung eines Rechtsscheins mittels so genannter Anscheinsvollmacht⁵³ oder Duldungsvollmacht⁵⁴ eine zivilrechtliche Sonderregelung zu normieren.⁵⁵

Für § 10 Abs. 1 HOAI 2013 ist es notwendig, dass die Einigung wirksam ist. Bestehen Wirksamkeitshindernisse, etwa weil auf Seiten eines der Vertragspartner ein zur Änderung rechtsgeschäftlich nicht Befugter handelte und das Änderungsrechtsgeschäft gemäß §§ 177 ff. BGB schwebend unwirksam ist, liegt noch keine Einigung im Sinne von § 10 Abs. 1 HOAI 2013 vor. Dies folgt aus der Rechtssituation beim ursprünglichen Vertragsabschluss. Dort wird bei schwebender Unwirksamkeit des Vertragsschlusses ein vertragliches Entgelt eben noch nicht geschuldet. Die HOAI 2013 setzt durchgehend eine wirksame Vereinbarung über die werkvertragliche Leistung voraus, welche zu einem dem Grunde nach bestehenden Entgeltanspruch führt. Auch insofern reagiert das Preisrecht der HOAI nur auf eine von ihr vorausgesetzte, wirksame zivilrechtliche Beauftragungssituation.

3.3.2 Zeitpunkt der Einigung

Die Formulierung in § 10 Abs. 1 HOAI 2013, dass eine Einigung während der Laufzeit des Vertrags notwendig ist, darf nicht missverstanden werden. Gemeint ist die Zeitspanne vom wirksamen Vertragsabschluss bis zur so genannten Beendigung der Leistung. Es soll erkennbar die Situation während der so genannten „Honorarsperre“ (siehe Abschnitt 3.2.2.1) geregelt werden. Der Ordnungsgeber greift sogar auf die von der Rechtsprechung bei der Herleitung der Honorarsperre verwendeten Begrifflichkeiten zurück.

⁵⁰ Urteil vom 26.07.2007, a. a. O.

⁵¹ Deshalb ist davon auszugehen, dass auch mit der Vorläufernorm des § 10 Abs. 1 HOAI 2013, dem § 7 Abs. 5 HOAI 2009 kein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht geschaffen wurde, sondern allenfalls auf ein eventuell bestehendes zivilrechtliches – weil vereinbartes – Anordnungsrecht zum Leistungsinhalt reagiert werden sollte.

⁵² Die Ermächtigung der Bundesregierung zum Erlass der HOAI als Rechtsverordnung beruht auf Art. 10 des Gesetzes zur Verbesserung des Mietrechts und zur Begrenzung des Mietanstiegs sowie zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen (MRVG) vom 04.11.1971 (geändert durch Gesetz vom 12.11.1984) mit dessen §§ 1 und 2 („Ermächtigung zum Erlass einer Honorarordnung“). Der Erlass und die Änderung der HOAI müssen sich an die Vorgaben des ermächtigenden Gesetzes halten, ansonsten sind die nicht von der ermächtigenden Norm gedeckten Regelungen der HOAI nichtig. Siehe hierzu BVerfG, Entscheidung vom 20.10.1981, NJW 1982, 373, BauR 1982, 74, zum damaligen § 4 Abs. 2 HOAI a. F.

⁵³ Eine Anscheinsvollmacht ist zivilrechtlich gegeben, wenn der Vertretene das Handeln des Scheinvertreters nicht kennt, er es aber bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können und der andere Teil annehmen durfte, der Vertretene dulde und billige das Handeln des Vertreters. Bei der Anscheinsvollmacht handelt es sich nicht um einen rechtsgeschäftlichen Tatbestand, sondern um die Zurechnung eines schuldhaft verursachten Rechtsscheins, siehe Palandt-Ellenberger, BGB, 70. Auflage 2011, § 172 BGB, Rn. 11.

⁵⁴ Eine Duldungsvollmacht ist gegeben, wenn der Vertretene es wissentlich geschehen lässt, dass ein anderer für ihn wie ein Vertreter auftritt und der Geschäftsgegner das nach Treu und Glauben dahin versteht und auch verstehen darf, dass der als Vertreter handelnde bevollmächtigt ist, siehe Palandt-Ellenberger, a. a. O., § 172 BGB, Rn. 8.

⁵⁵ Zum Verhältnis von Kommunalrecht und den Grundsätzen der Anscheins- bzw. Duldungsvollmacht bei fehlender Vertretungsmacht, siehe: Scupin, BKPV Geschäftsbericht 1974, S. 32, 37; „Abschluss von Verträgen durch den ersten Bürgermeister ohne den erforderlichen Gemeinderatsbeschluss“ und OLG Nürnberg, Urteil vom 26.01.2009 – 2 U 776/08, IBR 2009, 1318 mit Anm. Rohrmüller

3.3.3 Änderungen des „Umfangs“ der beauftragten Leistung mit Änderung der anrechenbaren Kosten

§ 10 Abs. 1 HOAI 2013 verlangt für seine Anwendung eine Änderung der anrechenbaren Kosten. Gemeint sind die anrechenbaren Kosten als Teil des preisrechtlichen Vergleichsmaßstabs gemäß § 6 HOAI 2013 zur Berechnung des Mindest- bzw. Höchstsatzhonorars. Hierfür sind die anrechenbaren Kosten des Objekts auf der Grundlage der Kostenberechnung (§ 6 Abs. 1 und 2 HOAI 2013) oder der Baukostenvereinbarung (§ 6 Abs. 3 HOAI 2013) maßgeblich.

3.3.3.1 Anrechenbare Kosten gemäß Kostenberechnungsmodell (§ 6 Abs. 1 und 2 HOAI 2013)

Eine Änderung der anrechenbaren Kosten der Kostenberechnung als preisrechtlicher Vergleichsmaßstab für die Wirksamkeit einer Honorarvereinbarung (§ 7 Abs. 1 HOAI 2013: Honorarvereinbarung zwischen Mindest- und Höchstsatzhonorar) ist erst denkbar, wenn die Kostenberechnung mit dem ihr zugrunde liegenden Entwurf am Ende der Leistungsphase 3 vorliegt.

Die Leistungsbeschreibung des funktional beschriebenen Werkerfolgs erfolgt durch das Leistungsziel. Wie bereits oben im Abschnitt 1.2 dargestellt, ist die Leistung, auf welche sich § 10 Abs. 1 HOAI 2013 bezieht, der werkvertraglich geschuldete Erfolg, der mittels Leistungszielbestimmung der Parteien vereinbart wurde. Leistungsziel ist beim Werkvertrag, das Werk gemäß dem funktionalen Erfolgsversprechen herzustellen. Solange das Leistungsziel noch nicht vereinbart bzw. planerisch konkreter gefasst und abgestimmt ist, mithin die so genannten kreativen Leistungsphasen (Vorplanung und Entwurfsplanung) noch nicht durchlaufen sind, ist für den Begriff der Planungsänderung im regulären Planungsablauf kein Platz. Denn dem Wesen des Planens ist das Ändern durch Aufzeigen, Bewerten und Verwerfen von Ideen bei der Konzeptfindung und Entwurfsausarbeitung immanent. Elementar für das zu vereinbarende Leistungsziel sind vor allem die Zielvorstellungen des Auftraggebers im Bereich der Kosten⁵⁶ (siehe hierzu auch den Abschnitt 3.3.4.2).

Für die Planung des Architekten ist z. B. zu beachten: Architekten sind Generalisten im Problemlösen beim Entstehenlassen von Bauwerken, mit denen ein Raumbedarf für einen Auftraggeber in funktioneller, gestalterischer und wirtschaftlicher Hinsicht umgesetzt werden soll. Eine zunächst mehr oder weniger definierte Planungsaufgabe, für die noch kein vorgefertigter Weg (Planungslösung) bereitsteht, wird dabei strukturiert und mit der Erfahrung und dem Fachwissen des Architekten gelöst. Neben dem selbstverständlichen Gestaltungsanspruch, dem künstlerischen Aspekt, kann der Architekt aufgrund seiner Ausbildung im Bereich der Baukonstruktion und Gebäudeorganisation potenziell die Aspekte des Bauens und Nutzens so miteinander vereinbaren, dass für individuelle Aufgabenstellungen individuelle Lösungen entstehen. Die typische Fähigkeit der Architekten liegt darin, über einen zu definierenden oder schon definierten Bedarf („Raum- und Funktionsprogramm“) eine planerische und gestalterische Aufgabe zur Schaffung von Nutzungs- und Funktionszusammenhängen mittels Innenräumen anhand eines stimmigen Gesamtkonzepts in Bauwerken zu lösen. Die Planungsaufgabe enthält dabei sowohl quantitative Aspekte (Bedarf an Hauptnutzflächen, Nebennutzflächen und inneren Verkehrsflächen) wie auch qualitative (z. B. schlichter oder repräsentativer Standard, spezielle Anforderungen der Räume für die vorgesehene Nutzung als Wohnraum, Ausstellungssaal etc.). Allerdings würden die speziellen Fähigkeiten der Architekten nicht ausreichend beachtet,

⁵⁶ siehe hierzu aktuell: BGH, Urteil vom 21.03.2013, a. a. O.: „Die vom Auftraggeber im Rahmen der Grundlagenermittlung dem Architekten gegenüber zum Ausdruck gebrachten Kostenvorstellungen sind in dem Sinne verbindlich, dass sie vorbehaltlich einer Änderung den Planungsrahmen bestimmen und jedenfalls dann regelmäßig zum Vertragsinhalt werden, wenn der Architekt ihnen nicht widerspricht. Diese Kostenvorstellungen sind auch dann beachtlich, wenn sie nicht eine genaue Bausummenobergrenze enthalten, sondern nur Angaben zur ungefähren Bausumme, mit denen ein Kostenrahmen abgesteckt wird.“

wenn sie nur zu Gestaltungsfachleuten für Bauwerke (Baudesigner) herabgewürdigt werden. Die für Laien schwer erkennbare, aber originäre Leistung der Architekten ist auch keine bloße schematische Aneinanderreihung von Nutzflächen oder Anhäufung von Bauwerkskubatur. Der Kern der zu lösenden Aufgabe umfasst die angemessene Gestaltung der Räume, ihre zweckmäßige Anordnung und Verbindung durch Flure, Treppen usw. und ihre Zusammenfügung zu einem Baukörper unter Berücksichtigung der Umgebung (z. B. Höhenentwicklung und verbleibende Freiflächen, Verschattung usw.). Die zu schaffenden Innenräume werden ihrer Nutzung entsprechend geformt durch Größe und Zuschnitt, die Art der begrenzenden Konstruktionselemente (Wände, Stützen und Decken) und die Sicht- und Lichtverhältnisse (z. B. Anordnung von Öffnungen wie Fenster und Türen). Schon in der Vorplanung sind die Räume in stimmigen Raum- und Funktionszusammenhängen anzuordnen, so dass z. B. störende gegenseitige Einflüsse entzerrt werden (z. B. Anlieferzonen und repräsentative Eingangsbereiche, Zonen für geräuschintensive Nutzungen und für Ruhezone), Eigenschaften des Grundstücks ausgenutzt werden (Zugangs- und Aussichtsrichtungen, öffentliche und private Zonen) und die zurückzulegenden Wege kurz und übersichtlich sind (z. B. für Pflegepersonal im Krankenhaus oder Besucher im Ämtergebäude, Fluchtwege im Brandfall). Dazu sind geeignete Baustoffe und Konstruktionsweisen einzusetzen, entsprechend den benötigten Spannweiten und Raumabschlüssen (z. B. tragendes Betonskelett und nichttragende Wandelemente, feuerschützende bzw. feuerhemmende Wände). All dies ist nicht selbsterklärend und für Laien nur schwer nachvollziehbar. Die katalogartigen, modellhaften so genannten Leistungsbilder der HOAI besagen mit dem darin jeweils verpreisten Leistungsumfang eben nicht hinreichend,

- dass die aktive Kooperation vom Planer in allen Leistungsphasen zu erbringen ist,
- dass während der gesamten Leistungserbringung, nicht nur in den ersten Leistungsphasen, das Integrieren und Koordinieren der Leistungen anderer erforderlich ist,
- dass insbesondere der Planung der frühen Leistungsphasen die iterative Annäherung, die Wiederholung einzelner Planungshandlungen immanent ist und mithin Planen zu einem großen Teil nicht nur Entwickeln, sondern auch Verwerfen von Ideen ist,
- dass im Planungsvorgang Indifferenz-Entscheidungen zwischen divergierenden Zielen (z. B. Standardfestlegung und Kosten) notwendig sind und
- dass Planen das gedankliche Vorwegnehmen der zur Zielerreichung notwendigen Schritte ist und auch bei konkreter Aufgabenstellung sich bei identischen Teilzielen meist konzeptionell mehrere Lösungsmöglichkeiten (Varianten) mit unterschiedlichen Akzentuierungen im Ressourceneinsatz ergeben.

Änderungen der Leistung im Sinne von § 10 Abs. 1 HOAI 2013 können sich nur ergeben, wenn infolge einer Änderung des Planungsziels nicht mehr die gleichen, sondern andere Anforderungen⁵⁷ an die Planungsaufgabe gestellt werden. Änderungen der Planungsanforderungen infolge anderer Planungsziele sind solche sowohl aus dem Bereich der Qualität, als auch der Quantität anhand des am Anfang der Planung notwendigerweise definierten Bedarfs des Auftraggebers. Bleibt der definierte Bedarf unverändert⁵⁸ (siehe hierzu auch projektzieldefinie-

⁵⁷ so auch im Ergebnis Berger/Fuchs, a. a. O., S. 146

⁵⁸ definiert qualitativ mittels Standardfestlegung und quantitativ mittels Festlegung des Umfangs von Hauptnutzflächen, definierter Raumnutzung etc.

rende Kriterien der DIN 18205⁵⁹), kann sich grundsätzlich keine Planungszielveränderung ergeben, auch wenn sich im konkreten Planungsablauf Änderungen ergeben. Diese Änderungen sind nämlich der Planung der frühen Leistungsphasen immanent.⁶⁰

3.3.3.2 Anrechenbare Kosten einer Baukostenvereinbarung (§ 6 Abs. 3 HOAI 2013)

Wenn zum Zeitpunkt der Beauftragung noch keine Planungen als Voraussetzung für eine Kostenschätzung oder Kostenberechnung vorliegen, können die Vertragsparteien abweichend von § 6 Abs. 1 HOAI 2013 schriftlich vereinbaren, dass das Honorar auf der Grundlage der anrechenbaren Kosten einer Baukostenvereinbarung nach den Vorschriften der HOAI berechnet wird (Baukostenvereinbarungsmodell – § 6 Abs. 3 HOAI 2013 und § 6 Abs. 2 HOAI 2009). Dabei werden nachprüfbare Baukosten einvernehmlich festgelegt. Ändern die Vertragspartner nach Abschluss einer Baukostenvereinbarung im Sinne von § 6 Abs. 3 HOAI 2013 die Planungsanforderungen durch Planungszielveränderung, kann im Sinne von § 10 Abs. 1 HOAI 2013 die Honorarberechnungsgrundlage betroffen sein, auch wenn die anrechenbaren Kosten der Kostenberechnung vereinbarungsgemäß nicht maßgebliche Honorarberechnungsgrundlage sein sollen. Die Baukostenvereinbarung hat sich in der Praxis nicht durchgesetzt, so dass an dieser Stelle mangels Praxisrelevanz hierzu nichts weiter ausgeführt wird.

3.3.4 Abgrenzungsfragen

3.3.4.1 Abgrenzung zur Teilkündigung

Die vertragliche Änderung des Leistungsumfangs, d. h. die Einigung über eine Veränderung des Projektziels, ist von der einseitig vorgenommenen Teilkündigung durch den Auftraggeber gemäß § 649 BGB abzugrenzen. Der Besteller kann nämlich gemäß § 649 BGB bis zur Vervollendung des Werks jederzeit den Vertrag kündigen. Der Unternehmer (Auftragnehmer) ist dann berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen; er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.

Der Auftraggeber könnte gegebenenfalls einseitig den Vertrag mit dem Auftragnehmer kündigen und ihm einen Vertrag mit geändertem Projektziel als so genannten Füllauftrag⁶¹ anbieten. Dieses Vorgehen ist aber für beide Vertragspartner mit erheblichen rechtlichen Risiken verbunden. Ein Vorgehen wie bei § 1 Abs. 3 VOB/B, wonach der Auftraggeber gegenüber der Baufirma aufgrund vertragsrechtlicher Anordnungsbefugnis einseitig Änderungen des Vertragsolls vornehmen kann, sehen weder BGB⁶² noch HOAI 2013⁶³ vor.

⁵⁹ siehe z. B. DIN 18205, Anhang B, Bedarfsplanung, Prüfliste zu Rahmenbedingungen, Ziele und Mittel, B.2 und B.3

⁶⁰ Für den Bereich der Vorplanung wird gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, § 34 Abs. 4 Anlage 10, 10.1 LPH 2, c HOAI 2013 als im Allgemeinen zur ordnungsgemäßen Erfüllung eines Auftrags ausdrücklich für erforderlich gehalten: „Untersuchen, Darstellen und Bewerten von Varianten nach gleichen Anforderungen“. Zur Abgrenzung kann gegebenenfalls auch die bei der Vorplanung in Anlage 10.1 zu § 3 Abs. 3 und § 34 Abs. 4 benannte Besondere Leistung: „Untersuchen alternativer Lösungsansätze nach verschiedenen Anforderungen einschließlich Kostenbewertung“ dienen.

⁶¹ siehe Palandt-Sprau, a. a. O., § 649 BGB, Rn. 9

⁶² Ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht muss vertraglich vereinbart worden sein, siehe §§ 315 ff. BGB.

⁶³ Eine solche Regelung wäre im Übrigen durch die Ermächtigungsgrundlage der HOAI, das MRVG, nicht gedeckt.

3.3.4.2 Abgrenzung zur Leistungsstörung

Planungsänderungen zur Einhaltung der vorgegebenen oder vereinbarten Ziele sind zweifellos vergütungsneutrale Mängelbeseitigungen.⁶⁴ Die Planungsleistung eines Architekten entspricht nicht der vereinbarten Beschaffenheit, wenn sie ein Bauwerk vorsieht, dessen Errichtung höhere Herstellungskosten erfordert als von den Parteien des Architektenvertrags vereinbart sind. Der Architekt ist verpflichtet, die Planungsvorgaben des Auftraggebers zu den Herstellungskosten des Bauwerks zu beachten.⁶⁵ Dabei muss er nicht nur genau vereinbarte Baukostenobergrenzen einhalten. Vielmehr ist er auch verpflichtet, die ihm bekannten Kostenvorstellungen des Auftraggebers bei seiner Planung zu berücksichtigen.⁶⁶ Solche Kostenvorstellungen muss er grundsätzlich im Rahmen der Grundlagenermittlung erfragen. Denn der Architekt ist bereits in diesem Planungsstadium gehalten, den wirtschaftlichen Rahmen für ein Bauvorhaben abzustecken.⁶⁷

Hat der Architekt die Zielvorstellungen des Bestellers nicht geklärt, kann er ein Zusatzhonorar für Planungsänderungen nicht verlangen, wenn er unter Berücksichtigung dieser Vorgaben von vornherein zu anderen Planungsergebnissen gekommen wäre.⁶⁸

Allgemein kann der Architekt in späteren Leistungsphasen kein Änderungshonorar verlangen, wenn ihm zu Beginn der Leistungsphase 2 die anderen an der Planung fachlich Beteiligten bzw. entsprechende fachliche Informationen nicht zur Verfügung stehen und es dann zu Änderungen kommt, die zu vermeiden gewesen wären.⁶⁹ Leistungsphasen werden oft nicht ordnungsgemäß abgeschlossen, wenn Architekten zu schnell und zu tief in die Planung einsteigen. Wurden z. B. in der Leistungsphase 2 konzeptionelle Abstimmungen nicht durchgeführt und dem Bauherrn dadurch Entscheidungsmöglichkeiten genommen (z. B. bei den Kosten bzw. bei der Kostenschätzung), können nachfolgende Leistungsphasen voreilig sein. Architekten „preschen“ dann letztlich auf eigenes Risiko vor.⁷⁰ Entsprechende Änderungen sind nicht zu vergüten.⁷¹

3.3.4.3 Keine sonstige Anpassung der Kostenberechnung

Eine Fortschreibung der Kostenberechnung aus der Leistungsphase 3 (Entwurfsplanung) in späteren Leistungsphasen kommt im Allgemeinen nicht in Betracht.⁷²

⁶⁴ so ausdrücklich Seifert, a. a. O., S. 333, siehe auch in diesem Sinne Fuchs, in: Kapellmann/Vygen/Fuchs, a. a. O., S. 177, 184, und Morlock/Meurer, a. a. O., Rn. 828

⁶⁵ siehe Urteil des BGH vom 21.03.2013, a. a. O.

⁶⁶ BGH, a. a. O., unter Bezugnahme auf sein Urteil vom 24.06.1999 – VII ZR 196/98, BauR 1999, 1319

⁶⁷ BGH, a. a. O., unter Bezugnahme auf sein Urteil vom 11.11.2004 – VII ZR 128/03, BauR 2005, 400

⁶⁸ Seifert, a. a. O., S. 333

⁶⁹ Seifert, a. a. O., S. 333

⁷⁰ siehe OLG Düsseldorf, Urteil vom 22.03.1994 – 21 U 172/93; OLG Koblenz, Beschluss vom 29.09.2011 – 5 U 224/11

⁷¹ Seifert, a. a. O., 333

⁷² siehe zur HOAI 2009 in diesem Sinne bereits Rohrmüller, in: Löffelmann/Fleischmann, a. a. O., S. 1083, Rn. 393 bis 399, nunmehr auch Seifert, a. a. O., S. 330, 331, und Locher/Koebler/Frik, a. a. O., § 10 Rn. 18; a. A., jedoch ohne tragfähige Begründung: Preussner, BauR 2010, 340, 349, Saerbeck, Festschrift Koebler, S. 471, 486, Motzke, NZBau 2010, 137

So dürfen Nachträge von Baufirmen bei der der Honorarermittlung zugrunde zu legenden Kostenberechnung nicht berücksichtigt werden. Der Kostenberechnung liegt nach der ausdrücklichen Regelung in § 2 Abs. 11 HOAI 2013 die Entwurfsplanung zugrunde. Zu diesem Zeitpunkt gibt es noch keine Unternehmensangebote und damit selbstverständlich auch noch keine Nachträge der Baufirmen. Art, Umfang und Genauigkeit der Kostenermittlungen sind abhängig vom jeweiligen Stand der Planung sowie von verfügbaren Angaben und Erfahrungswerten. Nach dem Honorierungssystem der HOAI hängt das Honorar von den anrechenbaren Kosten ab, die nach dem Planungsfortschritt der Kostenberechnung als Stufe der Kostenermittlung zugrunde zu legen sind (siehe Abschnitte 2.4, 2.4.3 der DIN 276-1:2008-12). Änderungen im Anschluss an diesen Planungsstand können deshalb grundsätzlich nicht mehr zu einer Änderung der honorarrechtlich maßgeblichen Kostenermittlung führen.⁷³

Die HOAI nimmt es mit diesem Honorierungssystem seit der Fassung 2009 nicht nur in Kauf, sondern regelt ausdrücklich, dass sich ein möglicherweise erhöhter Aufwand nach Erstellung von Entwurf und Kostenberechnung nicht mehr in einer Erhöhung der anrechenbaren Kosten und damit einer Erhöhung des Honorars widerspiegeln kann. Aus diesem Grund kann nicht allein aus dem Umstand, dass der Architekt möglicherweise auch Tätigkeiten für Nachträge (wie Planung, Ausschreibung oder Mithilfe bei der Vergabe) erbringen muss, hergeleitet werden, die anrechenbaren Kosten seien bei der Berechnung dieser Leistungen zu erhöhen. Entscheidend ist vielmehr, dass nach der ausdrücklichen gesetzgeberischen Absicht⁷⁴ der Planungsstand zum Entwurf maßgeblich für die Honorierung auch der Leistungsphasen 5 bis 7 sein soll. Das ist der Planungsstand weit vor der Vergabe der bis dahin vorgesehenen Bauleistungen der Baufirmen.

Die HOAI geht ausdrücklich auch für die preisrechtliche Bestimmung in § 6 Abs. 1 Nr. 1 HOAI 2013 unter Bezug auf die DIN 276 und auch durch die systematische Einordnung der Kostenberechnung in die Leistungsphase 3, Entwurfsplanung, der Nr. 3 der Anlage 10 zu § 34 Abs. 4 HOAI 2013 davon aus, dass der Kostenberechnung dieser Planungsstand zugrunde liegt.

Es kann deshalb nicht darauf ankommen, dass sich nach der Vergabe an den Unternehmer höhere Kosten durch Nachträge ergeben. Unerheblich ist insoweit auch, ob der Planer bzw. Architekt Leistungen für die Nachträge erbringt, die den Leistungsphasen 5 bis 7 zuzuordnen sind. Diese Leistungen sind nicht nach den durch Nachträge erhöhten anrechenbaren Kosten, sondern nach den anrechenbaren Kosten abzurechnen, die sich nach dem Planungsstand vor der Vergabe aus der Kostenberechnung ergeben. Auch das Prüfen und Werten von Nachtragsangeboten und die Rechnungsprüfung im Zusammenhang mit Nachträgen sind keine Umstände, die insoweit und insofern mit der HOAI 2009 generell eine Fortschreibung der Kostenberechnung erlauben würden.⁷⁵

⁷³ vgl. zur HOAI 1996/2002 und zu Nachträgen beim Kostenanschlag, BGH, Urteil vom 05.08.2010 – VII ZR 14/09, wonach der Kostenanschlag nicht angepasst wird

⁷⁴ vgl. hierzu die amtliche Begründung zur 6. Novelle, B, Teil 1, zu § 6 HOAI 2009: „Durch den Verzicht auf die Anpassung der anrechenbaren Kosten auf Basis des Kostenanschlags beziehungsweise der Kostenfeststellung wird eine Abkoppelung des Honorars von den tatsächlichen Baukosten erreicht.“

⁷⁵ Der isoliert mit der Objektüberwachung beauftragte Architekt wird zwangsläufig im Zusammenhang mit der Rechnungsprüfung faktisch auch mit der Notwendigkeit konfrontiert, dass Nachtragsangebote geprüft werden müssen. Weist er den Bauherrn nicht darauf hin, dass hierfür gegebenenfalls Leistungen der Leistungsphasen 5 bis 7 anfallen, die er – bei isolierter Beauftragung nur mit der Objektüberwachung – nicht zu erbringen hat, und „erledigt die Nachtragsprüfung sogleich mit“, vereitelt er eine Leistung der infolge der am Leistungsziel orientierten Leistungspauschalierung beim Architektenvertrag noch uneingeschränkt in der Verpflichtung stehenden Architekten der früheren Leistungsphasen. Denn für deren maßgeblichen werkvertraglichen Erfolg der Leistungsverpflichtung ist es unerheblich, wie oft Leistungshandlungen vorgenommen werden. Die rechtliche Situation unterscheidet sich nicht wesentlich von derjenigen des Werkunternehmers, der eine Bauleistung schuldet.

4 § 10 Abs. 2 HOAI 2013 – Wiederholung von Grundleistungen

	Tatbestandsvoraussetzungen		Rechtsfolge
	§ 10 Abs. 1	Änderung der anrechenbaren Kosten	durch Änderung des Umfangs der beauftragten Leistung
§ 10 Abs. 2	keine Änderung der anrechenbaren Kosten	Wiederholung von Grundleistungen	Vereinbarung

4.1 Sinn und Zweck der Regelung

Ohne die Regelung in § 10 Abs. 2 HOAI 2013 würden sofort zum Zeitpunkt der zivilrechtlichen Wirksamkeit einer Vereinbarung über die Wiederholung wiederum die Rechtsfolgen des § 7 Abs. 1 und 5 HOAI 2013 (Mindestsatzfiktion) eintreten. (Siehe hierzu die bereits im Abschnitt 3.2.2 zu § 10 Abs. 1 HOAI 2013 gemachten Ausführungen, die hier sinngemäß gelten).

4.2 Anwendungsbereich

Ändert sich durch die Einigung über ein verändertes Leistungsziel der preisrechtliche Vergleichsmaßstab (siehe § 6 Abs. 1 und 2 HOAI 2013) mit anderen anrechenbaren Kosten als HOAI-Parameter für die Berechnung von Mindest- und Höchstsatzhonorar, sind alle Honoraranpassungsregelungen, soweit sie preisrechtlicher Natur sind, von § 10 Abs. 1 HOAI 2013 schon umfasst (siehe hierzu ausführlich oben den Abschnitt 2). Dies heißt, dass auch beauftragte Wiederholungsplanungen schon von Absatz 1 erfasst sind, wenn diese Wiederholungsplanungen infolge des geänderten Leistungsziels zu erbringen sind.

Der Absatz 2 des § 10 HOAI 2013 hingegen befasst sich alleine mit der Situation, dass infolge der Einigung über ein geändertes Leistungsziel eine Änderung des preisrechtlichen Rahmens von Mindest- und Höchstsatz **nicht** zu verzeichnen ist, weil sich die anrechenbaren Kosten als HOAI-Parameter für die Berechnung des Mindest- bzw. Höchstsatzhonorars nicht ändern. Dann wird die Möglichkeit, eine wirksame Honorarvereinbarung auch noch zeitlich nach der Änderungsvereinbarung über die Leistung zu treffen, offen gehalten, wenn infolge der Leistungszieländerung eine Wiederholungsplanung beauftragt wurde.

4.3 Tatbestandsmerkmal: Wiederholungsleistung

Die Wiederholung im Sinne von § 10 Abs. 2 HOAI 2013 kann die gesamte Leistungsphase im Sinne von § 8 Abs. 1 HOAI 2013 betreffen.

Der Rückschritt in eine frühere Leistungsphase betrifft unter dem Gesichtspunkt der Vornahme von Leistungshandlungen in der Regel nicht die gesamte Leistungsphase, sondern einen mehr oder weniger erheblichen Anteil hieraus. Die Leistungsphase ist jedoch die kleinste rechnerische Einheit der HOAI 2013 und Grundleistungen sind nicht verpreist.⁷⁶ Zudem sind Grundleis-

⁷⁶ so zutreffend Löffelmann, in: Löffelmann/Fleischmann, a. a. O., Rn. 917

tungen zivilrechtlich angesichts des geschuldeten Werkerfolgs (siehe oben Abschnitt 3.1.1) vollkommen irrelevant.⁷⁷

Die werkvertragliche Erfolgsverpflichtung ist losgelöst von der Frage, ob und wie oft eine Leistungshandlung vorgenommen werden bzw. wiederholt werden muss, damit sich der Leistungserfolg einstellt. Die Vorstellung einer isolierten Grundleistungsübertragung ist zivilrechtlich mit dem werkvertraglichen Grundprinzip der Verpflichtung zur Herbeiführung des Werkerfolgs unvereinbar.⁷⁸

Dies trifft auch für den Fall einer „Wiederholung von Grundleistungen“ zu. Wiederholt wird nämlich zivilrechtlich eine mittels Leistungsphasen definierte Zwischenstufe, z. B. eine erfüllungstaugliche Entwurfsplanung mit Kostenberechnung. Auch wenn ein Rückschritt in die zuvor schon abgeschlossene und gebilligte Entwurfsplanung beauftragt wurde, werden damit **nicht** einzelne Leistungshandlungen bzw. Tätigkeiten beauftragt, die gegebenenfalls in der Auflistung der Grundleistungen zu finden sind. Zu den Rechtsfolgen siehe Abschnitt 5.3.

4.4 Tatbestandsmerkmal: Beauftragung der Wiederholung

4.4.1 Rechtsgeschäftliche Beauftragung

Für eine wirksame Beauftragung einer Wiederholungsplanung sind rechtsgeschäftlich dieselben Voraussetzungen zu erfüllen wie bei der ursprünglichen Beauftragung.

4.4.2 Abgrenzung zur normalen Leistung

Variantenplanungen⁷⁹ nach gleichen Anforderungen sind ohnehin mit dem Honorar bereits abgegolten (siehe Vorplanungsleistung LPH 2, c: „*Erarbeiten der Vorplanung, Untersuchen, Darstellen und Bewerten von Varianten nach gleichen Anforderungen*“). Normale Planungsleistungen umfassen selbstverständlich auch die Darstellung einer ausreichenden Anzahl von Varianten.

4.4.3 Abgrenzung zur Besonderen Leistung

Die Wiederholung einer Leistungsphase bzw. eines Anteils hieraus ist von der Besonderen Leistung „*Untersuchen alternativer Lösungsansätze nach verschiedenen Anforderungen einschließlich Kostenbewertung*“ abzugrenzen.

Diese Besondere Leistung umfasst nur Lösungsansätze, also weniger als eine vollständige Zwischenstufe.

⁷⁷ siehe auch Löffelmann, in: Löffelmann/Fleischmann, a. a. O., Rn. 918, Fn. 6

⁷⁸ siehe auch Löffelmann, in: Löffelmann/Fleischmann, a. a. O., Rn. 918, Fn. 6

⁷⁹ Siehe hierbei den Unterschied zwischen Varianten und Alternativen und hierzu die Besonderen Leistungen: „*Untersuchen alternativer Lösungsansätze nach verschiedenen Anforderungen einschließlich Kostenbewertung*“. Bei dieser Besonderen Leistung ist zu beachten, dass hierbei nur Lösungs-„Ansätze“ benannt sind. Ein Ansatz ist aber weniger als eine alternative Lösung. Eine alternative Lösung würde jedoch weitgehend das Durcharbeiten der Leistungsphase 2 erfordern, was eher der Situation der erneuten Beauftragung der gesamten Leistungsphase entspräche (unter Anrechnung verwertbarer Vorleistungen aus der Ersterbringung der Leistungsphase).

4.4.4 Abgrenzung zur Nachbesserung

Unstreitig keine Änderungsleistung, sondern Nacherfüllung ist gegeben, wenn ein Rückschritt aufgrund einer Vertragsverletzung des Planers notwendig wird. Nach dem Mangelbegriff in § 633 BGB ist die Leistung frei von Sachmängeln, wenn sie die vereinbarte Beschaffenheit hat.⁸⁰ Mit einer Vereinbarung zum Leistungsziel (siehe Abschnitt 3.1.1) wird auch die Beschaffenheit des Werks des Planers vereinbart.

Der Architektenvertrag ist als Werkvertrag durch die strenge Erfolgshaftung geprägt. So ist die Planung fehlerhaft, wenn sie gegen die Regeln der Baukunst und der Technik verstößt oder lückenhaft, nicht genehmigungsfähig oder fehlerhaft im technischen und wirtschaftlichen Bereich ist.

Zur **genehmigungsfähigen Planung** gehört, dass der Architekt eine Planung erbringt, die zu einer dauerhaften und nicht mehr **rücknehmbaren Baugenehmigung** führt.⁸¹ Die in der Praxis als Leistungen für den Brandschutznachweis deklarierten planerischen Leistungen sind überwiegend Leistungen, die bereits in der Vor- bzw. in der Entwurfsplanung zu leisten sind; dies gilt auch für Sonderbauten. Will der Entwurfsplaner bei Standard- oder Sonderbauten eine Entwurfsplanung anfertigen, die nur mittels Ausnahmen durch Kompensationsmaßnahmen⁸² genehmigungsreif werden kann, muss er dies mit dem Auftraggeber rechtzeitig vereinbaren und hierbei auf die Kostenfolgen (Erhöhung der Baukosten, Beachtung der Folgekosten und wegen höherer anrechenbarer Baukosten auch Auswirkungen auf das Honorar) hinweisen. Unterlässt der Entwurfsplaner diese auch bei Sonderbauten notwendige Abstimmung mit seinem Auftraggeber, ist der Entwurf nicht erfüllungstauglich und der Bauherr hat einen Nacherfüllungsanspruch.⁸³

Mangelhaft ist die Planung auch dann, wenn sie nur mit einer grundlegenden Umplanung oder durch umfangreiche Änderungen erreicht werden kann.⁸⁴

5 Rechtsfolgen

5.1 Preisrechtliche Funktion

Die Rechtsfolgen des § 10 HOAI 2013 beschränken sich auf dessen preisrechtliche Funktion. Wie die Honorarvereinbarung inhaltlich angepasst wird, regelt die HOAI nicht. Die HOAI regelt nur, dass eine solche Vereinbarung zeitlich nicht sofort bei der Beauftragung der Leistungszieländerung erfolgen muss und welcher preisrechtlich mögliche Rahmen nach unten und oben

⁸⁰ Berger/Fuchs, a. a. O., S. 203

⁸¹ Morlock/Meurer, a. a. O., Rn. 100 und 101

⁸² Wenn der Entwurfsplaner bei Sonderbauten im Vorfeld des Baugenehmigungsverfahrens mit der Bauaufsicht oder dem Prüfsachverständigen um Ausnahmen zu Brandschutzvorschriften ringt, um seinen Entwurf mit den Brandschutzzielen konform werden zu lassen, handelt es sich nicht um die Besondere Leistung: „*Erarbeiten und Erstellen von besonderen bauordnungsrechtlichen Nachweisen für den vorbeugenden und organisatorischen Brandschutz bei baulichen Anlagen besonderer Art und Nutzung, Bestandsbauten oder im Falle von Abweichungen von der Bauordnung*“. Es muss sich nämlich um „besondere“ Nachweise handeln.

⁸³ siehe auch Rohrmüller, Leistungen für den konstruktiven baulichen Brandschutz (...), BauR 2011, 1078, 1080

⁸⁴ Morlock/Meurer, a. a. O., Rn. 102

anhand des Mindest- und Höchstsatzhonorars gilt, berechnet mit dem für das geänderte Projekt maßgeblichen Honorarberechnungskriterium der anrechenbaren Kosten (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 HOAI 2013).

5.2 Verpflichtung zur Anpassung der Honorarbemessungsgrundlage (§ 10 Abs. 1 HOAI 2013)

5.2.1 § 10 Abs. 1 HOAI 2013 ist keine Anspruchsgrundlage, sondern eine preisrechtliche Begrenzung

Gemäß § 10 Abs. 1 HOAI 2013 ist die Honorarberechnungsgrundlage für die Grundleistungen, die infolge des veränderten Leistungsumfangs zu erbringen sind, durch schriftliche Vereinbarung anzupassen, wenn sich Auftraggeber und Auftragnehmer während der Laufzeit des Vertrags darauf einigen, dass der Umfang der beauftragten Leistung geändert wird und sich dadurch die anrechenbaren Kosten oder Flächen ändern.

§ 10 Abs. 1 HOAI 2013 (wie auch § 7 Abs. 5 HOAI 2009) regelt nach seinem Wortlaut lediglich einen Anspruch auf Vereinbarung, ist also selbst keine Anspruchsgrundlage, aufgrund derer eine höheres bzw. niedrigeres Honorar verlangt werden kann. § 10 Abs. 1 HOAI 2013 enthält selbst keine inhaltliche Regelung dazu, wie die Honorarberechnungsgrundlage angepasst wird (siehe hierzu den Abschnitt 5.2.3). Der Regelungscharakter des § 10 Abs. 1 HOAI 2013 erschöpft sich darin, die Vereinbarungsmöglichkeit während der Laufzeit des Vertrags offen zu halten. Davon abzugrenzen ist die infolge Leistungszielveränderung automatisch erfolgende preisrechtliche Veränderung des gesetzlichen Rahmens von Mindest- und Höchstsatzhonorar. Dieser Rahmen bedarf keiner Anpassung durch eine Vereinbarung der Parteien.

5.2.2 Honorarberechnungsgrundlage

Die Honorarberechnungsgrundlage der Ursprungsvereinbarung kann auf die HOAI-Parameter des § 6 Abs. 1 und 2 HOAI 2013 mit dem Kostenberechnungsmodell über anrechenbare Kosten Bezug nehmen. Die Honorarberechnungsgrundlage der Ursprungsvereinbarung kann aber auch völlig abweichend von den HOAI-Parametern vereinbart worden sein, etwa durch Vereinbarung eines Pauschalbetrags, über eine Stundenvereinbarung etc. Die HOAI-Parameter des § 6 Abs. 1 und 2 HOAI 2013 stellen preisrechtlich nur einen Vergleichsmaßstab dar, den die Vertragsparteien – durch vertragliche Bezugnahme auf diese Parameter – vereinbaren können. Die Vertragspartner können aber preisrechtlich auch ein völlig anderes System wählen oder das HOAI-System nach ihren Vorstellungen anpassen.

5.2.3 Inhalt der Vereinbarung über die Honoraranpassung

Ändern sich die Planungsvorgaben durch Vereinbarung eines anderen Leistungsziels, stellt sich die zivilrechtliche Frage, welchen Einfluss die Vertragsänderung zur Leistung auf das werkvertragliche Entgeltversprechen hat.

Wie bei der ursprünglichen Vereinbarung zu Leistung und Gegenleistung (Entgelt/Honorar) ist auch für die Bestimmung des Honorars in erster Linie die vertragliche Vereinbarung maßgeblich. Eine solche vertragliche Regelung wird in der Praxis meist nicht vorhanden sein, so dass mangels inhaltlicher gesetzlicher⁸⁵ Regelungen zur Höhe der angepassten Vergütung die zivil-

⁸⁵ siehe zum Vorrang dispositiven Rechts gegenüber der so genannten ergänzenden Vertragsauslegung Palandt-Ellenberger, a. a. O., § 157 BGB, Rn. 4

rechtlichen Grundsätze der so genannten ergänzenden Vertragsauslegung (§§ 157, 242 BGB) anzuwenden sind.

Es ist inhaltlich darauf abzustellen, was die Parteien bei angemessener Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie den nicht geregelten Fall bedacht hätten.⁸⁶ Dabei ist zunächst an den Vertrag selbst anzuknüpfen.⁸⁷ Die in ihm enthaltenen Regelungen und Wertungen sind Ausgangspunkt der Vertragsergänzung.⁸⁸ Zugleich sind mit Treu und Glauben und der Verkehrssitte auch objektive Maßstäbe zu berücksichtigen.⁸⁹ Bei der Auslegung ist auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abzustellen.⁹⁰

Haben die Parteien bei der ursprünglichen Honorarvereinbarung durch vertragliche Bezugnahme auf HOAI-Parameter das HOAI-System des § 6 Abs. 1 HOAI 2013 als Honorarberechnungsgrundlage vereinbart, wird die ergänzende Vertragsauslegung meist ergeben, dass diese Honorarberechnungsgrundlage der neuen Situation infolge geänderten Projektziels mittels Fortschreibung der anrechenbaren Kosten auf der Basis einer fortgeschriebenen Kostenberechnung anzupassen ist.

In jedem Fall ist dabei der preisrechtliche Rahmen nach unten oder oben durch Mindest- und Höchstsatzhonorar, ermittelt durch angepasste anrechenbare Kosten, einzuhalten.

Haben die Parteien bei ihrer ursprünglichen Vereinbarung das Mindestsatzhonorar vereinbart, führt die fortgeschriebene Kostenberechnung zu einer Anpassung bzw. Beibehaltung des nunmehr maßgeblichen Mindersatzniveaus.

Haben die Parteien bei der ursprünglichen Honorarvereinbarung nicht oder nicht weitgehend auf das System des § 6 Abs. 1 HOAI 2013 Bezug genommen, muss im Einzelfall der mutmaßliche Parteiwille für den Fall einer Vertragsänderung während der Laufzeit des Vertrags ermittelt werden. Dies heißt, dass z. B. bei der ursprünglichen Vereinbarung eines Honorars zum Mittelsatz diese Vertragsregelung mit gegebenenfalls höheren anrechenbaren Kosten fortgeschrieben wird.

Infolge des preisrechtlichen Systems für das gemäß § 3 Abs. 1 HOAI 2013 geregelte Honorar sind die Honorarparameter des § 6 HOAI 2013 für „das Honorar“ einheitlich für alle Leistungsphasen anzuwenden. Der Wortlaut von § 10 Abs. 1 HOAI 2013 würde zwar eine zeitliche Aufspaltung in zwei Abschnitte, mit anrechenbaren Kosten bis zur Änderung und anrechenbaren Kosten ab der Änderung ermöglichen; dies wäre aber wegen des dem § 6 HOAI 2013 zugrunde liegenden pauschal für alle Leistungsphasen geltenden Prinzips eines Honorars für ein Objekt systemwidrig.⁹¹

Die Regelungen der HOAI 2013 basieren auf dem pauschalierenden Element der Anknüpfung des preisrechtlichen Mindest- und Höchstsatzhonorars an den Wert der Leistung des Planers (Architekt bzw. Ingenieur) durch Bezugnahme auf den Wert der Bauleistung, gemessen an der Wertschöpfung mittels Baukosten. Die Kosten des letztlich infolge der Änderung des Leistungs-

⁸⁶ BGH, NJW 1988, 2099

⁸⁷ Palandt-Ellenberger, a. a. O., § 157 BGB, Rn. 7

⁸⁸ BGH, a. a. O.

⁸⁹ BGH, BGHZ 9, 273/78

⁹⁰ BGH, NJW 1993, 3193

⁹¹ siehe aber z. B. Seifert, a. a. O., S. 340

ziels entstehenden Bauwerks, anhand der Kostenermittlungsstufe Kostenberechnung, sind dabei für die beim Bauherrn aus der Planerleistung verbleibende Wertschöpfung der richtige Maßstab.

5.3 Vereinbarungsmöglichkeit des § 10 Abs. 2 HOAI 2013

Mit § 10 Abs. 2 HOAI 2013 wird für die Honorarvereinbarung beauftragter Wiederholungsleistungen lediglich der das Mindest- bzw. Höchstsatzhonorar beschränkende Rahmen des § 8 Abs. 2 HOAI 2013 wiederholt. Es hätte ausgereicht, wenn Absatz 2 die Möglichkeit geregelt hätte, in Abweichung zu § 7 Abs. 1 HOAI 2013 auch nach dem Zeitpunkt der Wiederholungsbeauftragung eine Honorarvereinbarung zu treffen, verbunden mit dem Hinweis, dass § 8 Abs. 2 HOAI 2013 unbenommen bleibt. § 10 Abs. 2 HOAI 2013 enthält keinen gesetzlichen Ausschluss eines nach BGB begründeten Anspruchs, sondern lediglich eine preisrechtliche Begrenzung.⁹²

Bei der Anwendung von § 10 Abs. 2 HOAI 2013 treten dieselben Schwierigkeiten auf wie bei § 8 Abs. 2 HOAI 2013. Denn eine anteilige Bewertung von Grundleistungen nimmt die HOAI nicht vor. Dies wäre auch nach dem System der HOAI-Parameter mit den Leistungsphasen als kleinsten rechnerischen Einheiten und nicht verpreisten Grundleistungen nicht möglich.⁹³ Richtigerweise hat die Bewertung entsprechend den von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Grundsätzen der Vergütung zum Pauschalvertrag zu erfolgen.⁹⁴ Diese Rechtsprechung macht das Wertverhältnis der erbrachten zu den nicht erbrachten Leistungen zum Maßstab. Ähnlich könnte vorliegend das Wertverhältnis des Honoraranteils einer vollständig erbrachten Leistungsphase zu dem Honoraranteil für die nur zum Teil erbrachte Leistungsphase bestimmt werden.

6 Beispielfälle

Beispiel 1

Die Stadt S. errichtet eine Dreifachsporthalle, mit der Planung ist ein Architekt A., mit der Rohbauerstellung das Bauunternehmen R. beauftragt. S. entzieht R. während der Bauerrichtung wegen gravierender Mängel der Bauleistung (§ 8 Abs. 3 i. V. mit § 4 Abs. 7 VOB/B) den Auftrag. A. ermittelt auf der Baustelle und anhand der Pläne den Leistungsstand vertragsgerecht ausgeführter Leistung, erstellt zur Angebotseinholung und Ersatzbeauftragung ein Leistungsverzeichnis (LV) für den durch R. noch nicht vollendeten Teil der Leistung und prüft die von R. vorgelegte Schlussrechnung. Infolge der Vollendung der Bauleistung durch Ersatzvornahme entstehen Restfertigstellungsmehrkosten, welche in die Kostenfeststellung bei der Kostengruppe (KG) 300 einfließen.

⁹² siehe die insofern unbegründeten Bedenken bei Budiner/Plankemann, Neue Leistung – neues Honorar, in: Deutsches Architektenblatt 2014, 48, 49 („Sollte die womöglich nur sprachlich verunglückte Neuformulierung in § 10 Abs. 2 tatsächlich den vertragsrechtlichen Anspruch grundsätzlich beschränken, so wäre dies von der Ermächtigungsgrundlage der HOAI als reinem Preisrecht wohl nicht gedeckt.“)

⁹³ siehe auch Löffelmann, in: Löffelmann/Fleischmann, a. a. O., Rn. 96

⁹⁴ siehe auch Löffelmann, in: Löffelmann/Fleischmann, a. a. O., Rn. 96

Darf der Architekt Honorarmehrforderungen geltend machen?

Beispiel 2

Wie vor, jedoch entzieht S. dem R. den Auftrag wegen Verzugs mit der für die Vollendung vereinbarten Vertragsfrist (§ 8 Abs. 3 i. V. mit § 5 Abs. 4 VOB/B).

Beispiel 3

Wie vor, jedoch kündigt S. den Auftrag, nachdem der wirtschaftlich angeschlagene R. während der Bauerrichtung die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragte (§ 8 Abs. 2 VOB/B) und der vorläufige Insolvenzverwalter die Arbeiten nicht weiterführen will.

In den Beispielfällen 1 bis 3 hat sich durch die genannten Vorgänge das werkvertragliche Leistungsziel nicht verändert. Ein zivilrechtlicher Mehrvergütungsanspruch kann daraus nicht geltend gemacht werden. Die werkvertragliche Vergütung steht im Austauschverhältnis für den werkvertraglichen Erfolg, nicht für die dazu notwendigen Leistungshandlungen. Wie oft Leistungshandlungen bis zum Eintritt des Erfolgs notwendig sind, ist nicht von Belang. In der Praxis entsteht oft nur zur Situation im Beispielfall 3 Streit, weil der Planer bzw. Architekt mit den Situationen der Beispielfälle 1 und 2 vertraut ist und bei der Geltendmachung von Mehrhonorar in diesen Fallgruppen gegebenenfalls sogar mittelbar einräumen müsste, den Leistungs- und Abrechnungsstand des gekündigten Auftragnehmers, die Notwendigkeiten der Baustelle für die Restfertigstellung und die Details der bisherigen Rechnungsprüfung und Zahlungsempfehlung doch nicht so zu kennen, wie es der vertraglichen Leistungsverpflichtung entspricht. Planer bzw. Architekten argumentieren in der Situation des Beispielfalles 3 oft, sie seien nicht für die Insolvenz des Bauunternehmers verantwortlich. Dies stimmt, ist aber unerheblich.

Im Regelfall „kann der Architekt nichts“ für eine im Bauablauf gegenüber einer Baufirma auszusprechende Kündigung und dafür, dass infolgedessen für die nicht erbrachten Restleistungen von ihm noch einmal ein Leistungsverzeichnis aufzustellen ist. Der Architekt schuldet jedoch alle für den versprochenen herbeizuführenden Erfolg nötigen Leistungshandlungen und damit auch, alle dafür nötigen Leistungsverzeichnisse zu erstellen. Die werkvertragliche Erfolgsverpflichtung ist eben verschuldensunabhängig. Die Leistungsphase der Vorbereitung der Vergabe ist nicht schon dann „erfüllt“, wenn für alle Gewerke jeweils schon einmal ein Leistungsverzeichnis vorgelegt wurde, sondern eben erst, wenn keine Erstellung eines Leistungsverzeichnisses für die plangemäße Errichtung des Bauwerks mehr nötig ist.

Im Übrigen hat sich auch der preisrechtliche Vergleichsmaßstab für die Einschätzung, ob das vereinbarte Honorar durch diese oben genannten Vorgänge das gesetzliche Mindestsatzhonorar unterschreitet, nicht verändert. Auch aus § 10 HOAI 2013 folgt nichts anderes, da sich das Leistungsziel nicht änderte und sich die anrechenbaren Kosten der Kostenberechnung nicht erhöhten.

Beispiel 4

Die Stadt S. baut eine neue Kindertagesstätte. Mit der Planung ist der Architekt A. beauftragt. In dem Vertrag mit dem Architekten sind die Leistung mittels vertraglicher Bezugnahme auf das preisrechtliche Leistungsbild der HOAI und das Honorar mit dem Mindestsatz nach HOAI vereinbart. Mit der Bauausführung ist unter anderem die Rohbaufirma R. beauftragt. Die Kosten (alle Zahlen sind brutto in T€) für das Gewerk Rohbau entwickeln sich wie folgt:

Kostenberechnung			Auftrag		Abrechnung/Schlussrechnung		
KG	Gewerk	T€	Firma	T€	Titel	T€ gefordert	T€ geprüft
300	Rohbau	690	R.	600	Leistungen der LV-Positionen	530	525
					Nachträge	220	210
					Summe	750	735
					Schlusszahlung		45

Darf der Architekt bei seiner Honorarabrechnung die anrechenbaren Kosten des Objekts auf der Grundlage der Kostenberechnung, welche für den Rohbau 690 T€ ausweisen, um 45 T€ (735 T€ – 690 T€) oder gar um 210 T€ erhöhen?

Nein, die vertragsgemäße Abrechnung der werkvertraglichen Vergütung basiert auf den anrechenbaren Kosten der Kostenberechnung. Nachträge von Baufirmen erhöhen diese nicht. Im Übrigen hat sich auch hier der preisrechtliche Vergleichsmaßstab für die Einschätzung, ob das vereinbarte Honorar das gesetzliche Mindestsatzhonorar unterschreitet, nicht verändert, weil der HOAI-Parameter der anrechenbaren Kosten der Kostenberechnung (siehe § 6 Abs. 1 Nr. 1 HOAI 2013) unverändert bleibt. Auch aus § 10 HOAI 2013 folgt nichts anderes, da sich das Leistungsziel nicht änderte. Eine Diskrepanz zwischen der Höhe der Kostenberechnung und der Höhe der Kostenfeststellung wirkt sich nach dem gesetzlichen Preisrecht der HOAI 2013 als Vergleichsmaßstab für die Zulässigkeit von Honorarvereinbarungen nicht aus.

Beispiel 5

Nach Billigung von Entwurf und Kostenberechnung durch den Stadtrat ändert die Stadt S. wegen geänderter staatlicher Fördermöglichkeiten (niedrigere Förderung) die Planungsanforderungen für den Neubau einer Grundschule (S. reduziert das Raum- und Funktionsprogramm). Dadurch ergibt sich die Notwendigkeit zu Rückschritten bis in die Entwurfsplanung, die zum Teil neu erstellt wird. Aufgrund der neuen, niedrigeren Kostenberechnung ergeben sich auch niedrigere anrechenbare Kosten. Im Vertrag mit dem Architekten sind Leistung und Honorar unter Bezugnahme auf die HOAI-Parameter (hier: Mindestsatz) vereinbart. Welche Auswirkungen haben diese Änderungen für das Honorar des Architekten?

Beispiel 6

Wie vor, jedoch fällt der nunmehr mögliche staatliche Zuschuss höher aus, wenn das Raum- und Funktionsprogramm erweitert wird. S. ändert daraufhin das Raum- und Funktionspro-

gramm. Dadurch ergibt sich die Notwendigkeit zu Rückschritten bis in die Entwurfsplanung, die zum Teil neu erstellt wird. Aufgrund der überarbeiteten Entwurfsplanung wird auch die Kostenberechnung mit im Ergebnis höheren Kosten überarbeitet.

Beispiel 7

Wie vor, jedoch fällt der nunmehr mögliche staatliche Zuschuss höher aus, wenn das Raum- und Funktionsprogramm inhaltlich umstrukturiert wird. S. ändert daraufhin das Raum- und Funktionsprogramm in diesem Sinne. Dadurch ergibt sich die Notwendigkeit zu Rückschritten bis in die Entwurfsplanung, die zum Teil neu erstellt wird. Die Kostenberechnung bleibt jedoch gleich hoch, weil die Umstrukturierungen im Ergebnis in den maßgeblichen Kostengruppen 300 und 400 deren Einzelsummen nicht erhöhen.

In den Beispielfällen 5 und 6 ändert sich infolge der Planungszieländerung jeweils der preisrechtlich zulässige Rahmen für das einheitlich für alle Leistungsphasen zu ermittelnde Honorar anhand von anrechenbaren Kosten. Maßgeblich sind für diesen preisrechtlichen Rahmen die neuen anrechenbaren Kosten. Für das zivilrechtliche Austauschverhältnis ergibt die ergänzende Vertragsauslegung, dass die anrechenbaren Kosten als Honorarermittlungsgrundlage anzupassen sind. Da vertraglich ohnehin der Mindestsatz vereinbart wurde, sind damit hier die preisrechtliche Untergrenze und zivilrechtlich die angepasste Honorarhöhe identisch.

Die beauftragten Rückschritte im Planungsverlauf in die Entwurfsplanung erfolgten in den oben genannten Beispielfällen infolge des geänderten Leistungsziels. Infolge der hieraus resultierenden Mehrfachbeauftragung (Wiederholungsplanung) wird zivilrechtlich eine Erhöhung des werkvertraglichen Honorars geschuldet.

Zusätzlich ist für die Wiederholung von Teilen der Entwurfsplanung ein dem Wertanteil hierfür entsprechender zusätzlicher Honoraranteil unter Wahrung des sich aus den Tabellenwerten ergebenden Degressionsanteils⁹⁵ sowohl unter dem zivilrechtlichen Gesichtspunkt der ergänzenden Vertragsauslegung als auch der nicht unterschreitbaren Mindestsatzhöhe anzusetzen.

Im Beispielfall 7 bleiben die anrechenbaren Kosten bei der Honorarberechnungsgrundlage zivilrechtlich wie auch preisrechtlich unverändert.

Wie bei den Beispielfällen 5 und 6 ist aber für den Wiederholungsanteil eine dem Wertanteil entsprechende Erhöhung des Honorars aus zivilrechtlichen Gründen (ergänzende Vertragsauslegung) wie auch zur Vermeidung einer preisrechtlichen Mindestsatzunterschreitung zu vereinbaren.

⁹⁵ Der preisrechtliche Rahmen der HOAI 2013 ermöglicht nicht, für die zusätzliche Leistung infolge der Wiederholung eine gesonderte Honorierung über ein eigenes Objekt anzusetzen.