

bilden. Was ein Architekt oder Ingenieur vertraglich schuldet, ergibt sich aus dem geschlossenen Vertrag, in der Regel also aus dem Recht des Werkvertrages. Der Inhalt dieses Architekten-/Ingenieurvertrages ist nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Vertragsrechts zu ermitteln.

Die HOAI enthält keine normativen Leitbilder für den Inhalt von Architekten- und Ingenieurverträgen. Die in der HOAI geregelten „Leistungsbilder“ sind Gebührentatbestände für die Berechnung des Honorars der Höhe nach. Ob ein Honoraranspruch dem Grunde nach gegeben oder nicht gegeben ist, lässt sich daher nicht mit Gebührentatbeständen der HOAI begründen. Daraus folgt, dass die Vertragspartner einerseits unentgeltliche Architekten- und Ingenieurleistungen vereinbaren können, aber auch eine nachträgliche Honorarverzichtvereinbarung möglich und wirksam ist.

Dem Problem der Unwirksamkeit des § 6 Abs. 2 HOAI soll an dieser Stelle nicht weiter nachgegangen werden (BGH, Urteil vom 24.04.2014 – VII ZR 164/13, siehe hierzu auch: „Preisrecht bricht Vertragsrecht“, auf dieser Seite).

§ 6 Abs. 1 HOAI hat als Grundlage des Honorars die Kostenberechnung im Blick. Diese wird bei der Entwurfsplanung erstellt. Die Kostenberechnung ist für die Leistungsbilder Gebäude, raumbildende Ausbauten und Freianlagen als „Grundleistung“ in der Leistungsphase 3 genannt. Sie erfolgt danach zu einem Zeitpunkt, zu dem mit dem Bauvorhaben noch nicht begonnen wurde.

Ein Problem in Bezug auf Nachträge ist, wenn sich die Leistungen später modifizieren. Der Ordnungsgeber hat diesem Problem im folgenden § 7 Abs. 5 HOAI angesprochen und geregelt, dass „die dem Honorar zugrunde liegende Vereinbarung durch schriftliche Vereinbarung anzupassen“ ist, wenn sich der „beauftragte Leistungsumfang auf Veranlassung des Auftraggebers während der Laufzeit des Vertrages“ ändert.

Ist die HOAI im Vertrag in Bezug genommen – wie allgemein üblich – liegt ein Fall einer bereits vorgesehenen Vertragsanpassung vor, sodass dieser „Nachtrag“ nicht als Neuvergabe zu werten ist.

Ein anderes Problem stellt sich, wenn der Architekt/Ingenieur eine zu niedrige oder überhöhte Kostenberechnung erstellt hat. Eine schuldhaft überhöhte Kostenberechnung stellt eine Pflichtverletzung dar, die zum Schadensersatz verpflichtet. Der Auftraggeber ist so stellen, als wäre der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten (§ 249 BGB).

Danach könnte die überhöhte Kostenberechnung keinen Bestand haben, also auch der Honorarberechnung nicht zugrunde gelegt werden.

Umgekehrt – und dies betrifft die hier vorliegenden Fragestellung der erneuten Vergabe – tritt eine Bindung des Architekten/Ingenieurs an seine zu niedrige Kostenermittlung nach der Rechtsprechung des BGH nur in Ausnahmefällen ein. Auch insoweit liegt keine „Neuvergabe“ vor, sondern es wird das Honorar entsprechend dem Preisrecht angepasst.

Fazit

Wie aufgezeigt führt nicht jede Vertragsänderung in ein neues Vergabeverfahren. Im rechtlichen Ansatz handelt es sich in

den Fällen, in denen nicht schon im Vertrag die Anpassung vereinbart wurde, dann um eine freihändige Vergabe – um ein Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb.

Diese ist – jenseits der Regelungen in der VOB/VOL – auch zulässig, wenn nicht eine wesentliche Vertragsänderung vorliegt. Ein Anhaltspunkt für eine wesentliche Vertragsänderung kann in einer Erhöhung des Auftragswertes um mehr als 10 % liegen.

Durch die neue Vergaberichtlinie wird dieses Thema in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtslage kodifiziert und präzisiert, sodass die Rechtsanwendungspraxis auch die für ein erfolgreiches Wirtschaften notwendige Sicherheit erhält.

Preisrecht bricht Vertragsrecht

HOAI: Mindestsatzfiktion und unwirksame Honorarvereinbarungen



Dipl.-Ing. Ulrich Welter, ö.b.u.v. Sachverständiger für Ingenieurhonorare nach HOAI, ingside, Büsum

Unwirksame Honorarvereinbarungen für Architekten- und Ingenieurleistungen sind nach meinen Erfahrungen als Sachverständiger an der Tagesordnung. Erschreckend viele Verträge sind davon betroffen. Warum der Schutz des in der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) vorgesehenen Mindestsatzes so wichtig ist, hat der Bundesgerichtshof (BGH) jüngst in einem Urteil zur Baukostenvereinbarung erläutert.

BGH: Unwirksame Baukostenvereinbarung

Die aktuelle Nachricht gleich vorweg: Eine Honorarvereinbarung auf der Grundlage einer Baukostenvereinbarung gem. § 6 Abs. 2 der HOAI 2009 bzw. § 6 Abs. 3 HOAI 2013 ist unwirksam. Noch in der Ausgabe 5/2013 (Seite 5 ff.) hatten wir uns zu dieser Thematik ausführlich mit der unterschiedlichen Rechtsprechung des Oberlandesgerichts (OLG) Düsseldorf einerseits und des OLG Koblenz andererseits befasst.

Nun hat der BGH mit Urteil vom 24.04.2014 (VII ZR 164/13) entschieden, dass die Vorschriften in § 6 Abs. 2

(HOAI 2009) bzw. Abs. 3 (HOAI 2013) von der Ermächtigungsgrundlage in Art. 10 §§ 1 und 2 des Gesetzes zur Verbesserung des Mietrechts und zur Begrenzung des Mietanstiegs sowie zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen vom 4. November 1971 (MRVG, BGBl. I S. 1745, 1749) nicht gedeckt sind. Solche Honorarvereinbarungen sind deshalb dann unwirksam, wenn dadurch die Mindestsätze unter- bzw. die Höchstsätze überschritten werden.

Der BGH hat ausführlich zu dem Bestreben mancher öffentlicher Auftraggeber, einseitig das Honorar drücken zu wollen, Stellung bezogen.



Wegen der besonderen Bedeutung, z.B. im Bereich der Straßenbauverwaltungen, bei denen auch nach meinen Beobachtungen als Sachverständiger Mindestsatzunterschreitungen an der Tagesordnung sind, hier ein längeres wörtliches Zitat aus der Urteilbegründung:

„Es ist dem Verordnungsgeber untersagt, diese kraft gesetzlichen Auftrags festgesetzte untere Grenze des Honorars (Anm.: gem. § 6 Abs. 1 HOAI anrechenbare Kosten auf der Grundlage der Kostenberechnung) durch eine Vereinbarung der Vertragsparteien über die anrechenbaren Kosten zur Disposition zu stellen. Denn damit würde er seine eigene Festsetzung des noch auskömmlichen Honorars für Architekten und Ingenieure in Frage stellen und zugleich auch das Honorar entgegen dem mit der Ermächtigungsgrundlage verfolgten Zweck unterhalb der Mindestsätze dispositiv gestalten.“

Der BGH betont ausdrücklich, dass die Regelung des § 6 Abs. 2 HOAI dazu führen könne, dass Auftraggeber auf Architekten und Ingenieure einen unangemessenen Wettbewerbsdruck ausüben, indem sie ihre Vorstellungen von den Baukosten vorgeben und gleichzeitig erkennen ließen, dass sie, wenn diese Kosten nicht akzeptiert werden, mit einem anderen Architekten verhandeln werden.

Der BGH führt weiter wörtlich aus:

„Auf diese Weise können Architekten und Ingenieure in die Lage gebracht werden, zur Vermeidung der Auftragserteilung an einen Konkurrenten diese Vorstellungen zu akzeptieren. Wären Architekten und Ingenieure an diese Vereinbarung auch dann gebunden, wenn die sich aus § 6 Abs. 1 HOAI ergebenden Mindestsätze unterschritten wären, wäre das gesetzgeberische Ziel, Architekten und Ingenieuren ein Mindesthonorar zu garantieren, solange kein Ausnahmefall vorliegt, verfehlt.“

Dabei spielt es aus Sicht des BGH keine Rolle, dass nach § 6 Abs. 2 HOAI „nachprüfbar“ Baukosten einvernehmlich festgelegt werden müssen. Das Kriterium der Nachprüfbarkeit garantiert kein auskömmliches Honorar.

Wörtlich formuliert der BGH insoweit:

„Die nachprüfbaren Baukosten können nach dem Wortlaut der Verordnung unterhalb der sich aus der Kostenberechnung ergebenden anrechenbaren Kosten liegen. Auch aus den Motiven zur Verordnung ergibt sich nichts anderes. Der

Verordnungsgeber geht zwar davon aus, dass eine derartige Baukostenvereinbarung von Vertragsparteien getroffen wird, die sich auf Augenhöhe begegnen (vgl. BR-Drucks. 395/09, S. 164). Er hat aber nicht im Sinn, damit das sich aus § 6 Abs. 1 HOAI ergebende Mindesthonorar zu sichern. Vielmehr soll § 6 Abs. 2 HOAI der Kostensicherheit des Auftraggebers dienen (vgl. BR-Drucks. 395/09, S. 165). Dieses Anliegen ist jedoch nach Art. 10 §§ 1 und 2 MRVG nicht schützenswert, solange die Mindestsätze ohne Vorliegen eines Ausnahmefalles unterschritten werden.

Der Verordnungsgeber ist nicht ermächtigt, seine Verpflichtung, grundsätzlich nicht verhandelbare Mindestsätze festzulegen, mittelbar dadurch zu umgehen, dass er verbindliche Vereinbarungen über die das auskömmliche Honorar festlegenden Faktoren zulässt.“

Die Mindestsatzfiktion

In der Praxis wird häufig darüber diskutiert, der Auftraggeber sei verpflichtet, das Mindesthonorar nach der HOAI zu bezahlen bzw. der Planer habe Anspruch auf das Honorar zumindest in Höhe des Mindestsatzes. Fragt man dann, wo genau das in der HOAI steht, ergeben sich zumeist keine klaren Antworten. Tatsächlich ergibt sich dies aus § 7 HOAI („Honorarvereinbarung“). Dort heißt es im ersten Absatz:

„(1) Das Honorar richtet sich nach der schriftlichen Vereinbarung, die die Vertragsparteien bei Auftragserteilung im Rahmen der durch diese Verordnung festgesetzten Mindest- und Höchstsätze treffen.“

Das bedeutet, dass für eine wirksame Honorarvereinbarung drei Bedingungen erfüllt sein müssen, nämlich

- a) die Vereinbarung muss „schriftlich“ sein. Gemeint ist die „gesetzliche Schriftform“, die sich aus § 126 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) ergibt und verlangt, dass beide Unterschriften auf einer Urkunde angebracht sind. Das ist bei einem schriftlichen Vertrag normalerweise der Fall. Ein Angebotsschreiben und ein Auftragschreiben aber erfüllen diese Anforderung nicht. Hier liegen nämlich zwei Urkunden mit jeweils einer Unterschrift vor,
- b) die Vereinbarung muss bei Auftragserteilung getroffen sein. Der Zeitpunkt der Honorarvereinbarung ist klar beschrieben. Es ist nicht möglich, die Honorarvereinbarung zu einem späteren Zeitpunkt wirksam zu treffen, sie muss bei Auftragserteilung getroffen sein.

c) das vereinbarte Honorar muss zwischen Mindest- und Höchstsatz der HOAI liegen. Die Mindest- und Höchstsätze nach den Vorschriften der HOAI ergeben sich aus den §§ 6, 4, 5 und den jeweiligen Spezialvorschriften in den Leistungsbildern. Dabei ist zu beachten, dass

- jedes Objekt getrennt abgerechnet wird (Ausnahme, § 11 Abs. 2 und 3)
- jedes Objekt im richtigen Leistungsbild abgerechnet wird. (Eine Lärmschutzwand ist ein Ingenieurbauwerk und kann nicht im Leistungsbild Verkehrsanlagen abgerechnet werden usw.)
- die zutreffende Honorarzone gilt und nicht die vereinbarte Honorarzone
- die anrechenbaren Kosten vollständig ermittelt werden (voll anrechenbare, teilweise anrechenbare und bedingt anrechenbare Kosten sowie mitverarbeitete Bausubstanz und § 4 Abs. 2 HOAI)

(Hinweis: Der BGH und zuletzt das OLG Frankfurt mit Urteil vom 02.05.2013, 3 U 212/11, haben festgelegt, dass es bei der Prüfung, ob die Mindestsätze unterschritten sind, auf den Gesamtvergleich und nicht die Betrachtung einzelner Objekte ankommt.)

Nur wenn alle drei Bedingungen erfüllt sind, ist die Honorarvereinbarung wirksam getroffen. Ist nur eine der drei Bedingungen nicht eingehalten, dann ist die Vereinbarung unwirksam. Unwirksam bedeutet juristisch, dass gar keine Vereinbarung getroffen ist. Ist aber gar keine Vereinbarung getroffen worden, dann gilt § 7 Abs. 5. Dort heißt es:

„(5) Sofern nicht bei Auftragserteilung etwas anderes schriftlich vereinbart worden ist, wird unwiderleglich vermutet, dass die jeweiligen Mindestsätze gemäß Absatz 1 vereinbart sind.“

Der Planer kann/muss also nach den Mindestsätzen abrechnen.

Es gilt also jedes Mal sehr genau zu prüfen, ob die Honorarvereinbarung „wirksam“ getroffen wurde. Andernfalls ist nach den Mindestsätzen abzurechnen. Das gilt selbstverständlich auch für Pauschalvereinbarungen.

In dem oben zitierten BGH-Urteil vom 24.04.2014 (VII ZR 164/13) zur Unwirksamkeit von Baukostenvereinbarungen haben die Richter in beeindruckender Weise auch Sinn und Zweck der HOAI noch einmal ausführlich dargelegt:



„Die gesetzliche Regelung hat den Zweck, zum Schutz des Berufsstands der Architekten und Ingenieure eine wirksame Schranke gegen eine Unterschreitung der Mindestsätze zu schaffen.

Die Mindestsätze sollen insbesondere dazu dienen, den vom Gesetzgeber gewollten Qualitätswettbewerb zu fördern und einen ungezügelten, ruinösen Preiswettbewerb zu unterbinden, der die wirtschaftliche Situation der Architekten und Ingenieure und damit auch die Qualität der Planung und die unabhängige Stellung des Planers zwischen Bauherr und Unternehmer beeinträchtigen würde (vgl. BT-Drucks. 10/1562, S. 5; BT-Drucks. 10/543, S. 4; Plenarprotokoll des 10. Deutschen Bundestages 10/86 vom 21. September 1984, S. 6286 ff.; BGH, Urteil vom 23. September 1986 – VII ZR 324/85, BauR 1987, 112, 113; Urteil vom 22. Mai 1997 – VII ZR 290/95, BGHZ 136, I, 5 f.). Der damit verbundene Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit ist verfassungsrechtlich unbedenklich. Die Sicherung und Verbesserung der Qualität der Tätigkeit eines Architekten stellt ein legitimes gesetzgeberisches Ziel dar. Zu seiner Herbeiführung sind verbindliche Mindesthonorarsätze geeignet, da sie den Architekten jenseits von Preiskonkurrenz den Freiraum schaffen, hochwertige Arbeit zu erbringen, die sich im Leistungswettbewerb der Architekten bewähren muss (BVerfG, BauR 2005, 1946, 1948 = NZ-Bau 2006, 121). Für Ingenieure gilt Entsprechendes.“

Und weiter heißt es:

„Diese Ermächtigung lässt keine Regelung in der Honorarordnung zu, nach der das Honorar frei unterhalb des auskömmlichen Honorars vereinbart werden kann, obwohl kein Ausnahmefall vorliegt. Denn damit würde der Zweck des Gesetzes verfehlt, Architekten und Ingenieure vor einem ruinösen Wettbewerb zu schützen, der sich auf die Qualität der Leistung auswirken kann. Eine derartige Regelung liegt nicht nur vor, wenn das Honorar frei unterhalb des Mindesthonorars verhandelt werden kann, sondern auch dann, wenn diejenigen Faktoren ausgehandelt werden können, die die Berechnung des Mindesthonorars bestimmen.[...]“

Die Regelung des § 6 Abs. 2 HOAI kann dazu führen, dass Auftraggeber auf Architekten und Ingenieure einen unangemessenen Wettbewerbsdruck ausüben, indem sie ihre Vorstellungen von den

Baukosten vorgeben und gleichzeitig erkennen lassen, dass sie, wenn diese Kosten nicht akzeptiert werden, mit einem anderen Architekten verhandeln werden. Auf diese Weise können Architekten und Ingenieure in die Lage gebracht werden, zur Vermeidung der Auftragserteilung an einen Konkurrenten diese Vorstellungen zu akzeptieren. Wären Architekten und Ingenieure an diese Vereinbarung auch dann gebunden, wenn die sich aus § 6 Abs. 1 HOAI ergebenden Mindestsätze unterschritten wären, wäre das gesetzgeberische Ziel, Architekten und Ingenieuren ein Mindesthonorar zu garantieren, solange kein Ausnahmefall vorliegt, verfehlt.“

Typische unwirksame Honorarvereinbarungen

Neben der noch immer weit verbreiteten Unkenntnis über das Schriftformerfordernis für eine wirksame Honorarvereinbarung (§ 126 BGB) sind es immer wieder die Honorarparameter, die so vereinbart werden, dass der Mindestsatz deutlich unterschritten wird. Dies hat die Unwirksamkeit der Vereinbarung zur Folge.

Falsche oder meist fehlende Objektgrenzungen, falsche Honorarzonen und falsche oder unvollständig ermittelte anrechenbare Kosten, die Nichtvereinbarung der mitverarbeiteten Bausubstanz und das Ausschließen von Zuschlägen für z.B. Umbauten sind hier gängige Beispiele. Auftraggeber machen hierzu oft Vorgaben („Bei uns ist das so!“) und Planer machen solche „kreativen“ Angebote, um den Auftrag zu erhalten.

Auch wenn solche Honorarvereinbarungen tatsächlich getroffen werden, so sind sie doch unwirksam, weil sie gegen die Bestimmungen der HOAI verstoßen. Das Preisrecht HOAI bricht die vertraglichen Vereinbarungen.

Eine Ausnahme hiervon, nämlich dass der Planer trotz unzulässiger Unterschreitung an sein (zu niedriges) Honorar gebunden ist, hat der BGH mit Urteil vom 22.05.1997 (VII ZR 290/95) bestimmt:

„Vereinbaren die Parteien eines Architektenvertrages ein Honorar, das die Mindestsätze in unzulässiger Weise unterschreitet, so verhält sich der Architekt, der später nach den Mindestsätzen abrechnen will, widersprüchlich. Dieses widersprüchliche Verhalten steht nach

Treu und Glauben einem Geltendmachen der Mindestsätze entgegen, sofern der Auftraggeber auf die Wirksamkeit der Vereinbarung vertraut hat und vertrauen durfte und er sich darauf in einer Weise eingerichtet hat, dass ihm die Zahlung des Differenzbetrages zwischen dem vereinbarten Honorar und den Mindestsätzen nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann.“

Es müssen also drei Bedingungen zutreffen, damit der Planer nicht nach den Mindestsätzen abrechnen kann, nämlich:

- a) der Auftraggeber muss auf die Wirksamkeit der Vereinbarung vertraut haben,
- b) er durfte auch darauf vertrauen, und
- c) er hat sich abschließend so auf das niedrige Honorar eingestellt, dass ihm ein höheres Honorar nicht zugemutet werden kann.

Es ist erkennbar, dass dies auf den Bauherrn eines Einfamilienhauses leicht zutrifft. Dieser hat keine Ahnung vom Bauen und auch nicht von der HOAI. Er beauftragt einen Architekten und vertraut ihm und darf ihm auch vertrauen, auch in Sachen Honorar. Und, er wird bei späteren Nachforderungen des Architekten von seiner Bank dafür keine zusätzlichen Kredite erhalten. Dieser Bauherr ist ein schützenswerter Verbraucher und der Planer muss dies wissen und beachten.

Beim öffentlichen Auftraggeber ist alles anders. Er kennt sich sozusagen von Amts wegen mit dem Bauen aus, er kennt die HOAI und er hat immer Geld. Selbst wenn der Sachbearbeiter tatsächlich vertraut hat, dann durfte er nicht vertrauen und es kann ihm zugemutet werden, dass gesetzlich vorgeschriebene Mindesthonorar zu bezahlen.

Fazit

Führt eine getroffene Honorarvereinbarung dazu, dass die Mindestsätze der HOAI unterschritten werden, gleich aus welchem Grund, dann ist sie unwirksam. Mit der Folge, dass der Planer nach den Mindestsätzen der HOAI abrechnen muss/kann. Das gilt nun nach der Rechtsprechung des BGH auch für eine Baukostenvereinbarung. Die HOAI stellt zwingendes Preisrecht dar. Den Parteien ist nur gestattet, innerhalb der Mindest- und Höchstsätze zu verhandeln. Verlassen sie diesen Rahmen, wird das Vertragsrecht durch das Preisrecht gebrochen.