

Die 6. HOAI-Novelle in Vorbereitung

- Zum Referentenentwurf des Bundeswirtschaftsministeriums vom 08.02.2008 -

- 1 Am 01.01.2009 soll eine novellierte HOAI (6. Novelle) in Kraft treten. Der Referentenentwurf vom 08.02.2008 liegt jetzt vor. Ziele des Entwurfes sind es, die Honorarordnung einfacher und transparenter zu machen und flexibler zu gestalten.¹ Sie soll stärkere Anreize zu kostengünstigem und qualitativem Bauen bieten. Außerdem soll dem Verbraucherschutz gedient werden.² Die Bundesregierung hat ein Gutachten über die Situation des Berufsstandes der Architekten und Ingenieure und die Bedingungen für eine neue HOAI eingeholt.³ Die Ergebnisse dieses Gutachtens werden im Entwurf teilweise umgesetzt. Zum Verständnis des Entwurfes ist daher ein gelegentlicher Blick in das Gutachten erforderlich.
- 2 Verbände und Kammern haben Gelegenheit, im Rahmen einer öffentlichen Anhörung durch das Kabinett am 09.04.2008 sich zum Referentenentwurf zu äußern.⁴ Tatsächlich verdient der Referentenentwurf *deutliche Kritik aus juristischen Gründen*. Vieles ist handwerklich schlecht gemacht. Ich möchte zunächst die wichtigsten Änderungen vorstellen (u. 1.) und sodann hierzu Stellung nehmen (u. 2.).

1. Der Referentenentwurf in groben Zügen

- 3 Die folgende Darstellung beschränkt sich auf die wichtigsten Änderungen. Im Besonderen Teil wird beispielhaft die Objektplanung betrachtet.

1 Begr. des Entwurfes v. 8.2.2008, A. I., S. 1.

2 Begr. des Entwurfes v. 8.2.2008, A. I., S. 1; Verbraucherschutz sei die einzige zulässige Legitimation der Honorarordnung. Gemeint ist offenbar: im Hinblick auf europäische Grundfreiheiten.

3 Sog. Statusbericht HOAI 2000plus Architekten/Ingenieure der TU Berlin im Auftrag des BMWi – vgl. www.a.tu-berlin.de/hoai2000plus/zbericht.pdf.

4 Die Kammern und Berufsverbände der Architekten und Ingenieure haben sich bisher regelrecht entsetzt geäußert. Die Novelle sei der „worst case“ für Architekten und Ingenieure, sie verdiene das Wort „Novelle“ nicht, der Entwurf übertreffe – im negativen Sinne – die kühnsten Erwartungen, er sei „der Dolchstoß mitten ins Herz eines leistungsfähigen Mittelstandes“. (Alles Zitate aus einer Pressemittelung des Bundes deutscher Baumeister). Die Kritik ist mehr verbandspolitisch als juristisch begründet. In erster Linie wird befürchtet, dass Architekten und Ingenieure künftig weniger verdienen als heute oder jedenfalls die Kostenentwicklungen seit der letzten Anhebung der Tafelwerte 1996 unberücksichtigt bleiben. Die Kammern sind außerdem der Meinung, die Novelle würde dazu führen, dass den Architekten und Ingenieuren bestimmte Tätigkeitsgebiete von der Bauwirtschaft streitig gemacht würden, und zwar deshalb, weil die so genannten Beratungsleistungen (z. B. Bauphysik, vermessungstechnische Leistungen, Teile XI bis XII der aktuellen HOAI) nicht mehr unter den zwingenden Regelungen des Preisrechts aufgeführt sind.

Diese Kritik ist nicht berechtigt. Mit der Geltung zwingenden Preisrechts hat es wenig zu tun, ob sich Architekten und Ingenieure bestimmte Märkte behaupten können. Das Preisrecht war von vornherein nicht dazu da, ihnen bestimmte Beratungsmärkte zu sichern und anderen Wettbewerbern vorzuenthalten. Die Kammern und Verbände sollten sich für eine Beibehaltung einer HOAI einsetzen, die mit Europa- und Verfassungsrecht vereinbar ist. Dies bedeutet zwangsläufig Deregulierung. Aber auch nicht zwingendes Preisrecht, das taxmäßige Vergütung im Sinne von § 632 Abs. 2 HOAI ist, nützt den Architekten.

1.1 Persönlicher Geltungsbereich auf Inländer beschränkt

- 4 Die HOAI soll künftig nur noch für Architekten und Ingenieure (im Wortlaut des Entwurfes: „Architektinnen und Architekten und Ingenieurinnen und Ingenieure (Auftragnehmerin oder Auftragnehmer)“⁵ mit Sitz im Inland gelten, § 1 E-HOAI.⁶

1.2 Aufspaltung in verbindlichen und unverbindlichen Teil

- 5 Die HOAI wird künftig aufgegliedert in einen verbindlichen Teil (§§ 1 bis 52 E-HOAI) und einen unverbindlichen Teil (Anlage zur HOAI). Die Anlage enthält lediglich Empfehlungen.⁷

1.3 Nur noch drei Leistungsbilder (Vergütungstatbestände)

- 6 Im verbindlichen Teil sollen künftig nur noch drei Vergütungstatbestände (bisher: Leistungsbilder)⁸ geregelt werden, nämlich Teil II (Flächenplanung, §§ 16 bis 30), Teil III (Objektplanung, §§ 31 bis 44, hierunter fallen auch: Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen) und Teil IV (Fachplanung, §§ 45 bis 51, das sind Tragwerksplanung und technische Ausrüstung). Im Teil I sind die allgemeinen Vorschriften enthalten (§§ 1 bis 15). Der Teil V enthält lediglich den § 52 E-HOAI, in welchem nur der Tag des Inkrafttretens festgelegt und angeordnet werden soll, dass die HOAI in der Fassung der 6. Novelle nicht für vor dem Inkrafttreten erbrachte Leistungen gilt.

1.4 Herausnahme der Beratungsleistungen aus dem verbindlichen Teil

- 7 Die so genannten *Beratungsleistungen* sind nicht mehr Bestandteil des verbindlichen Teils des Entwurfs der HOAI. Es entfallen damit folgende Vergütungstatbestände: thermische Bauphysik, Schallschutz, Raumakustik, Bodenmechanik und vermessungstechnische Leistungen⁹. Ebenso entfällt das bisherige Leistungsbild Gutachten und Wertermittlungen, §§ 33, 34 HOAI, in der jetzt gültigen Fassung. Der verfassungswidrige § 31 HOAI wird ersatzlos gestrichen.

1.5 Nur noch Planungsleistungen verbindlich geregelt (Leistungsphasen 1 bis 5)

- 8 Im Leistungsbild der Objektplanung für Gebäude und raumbildende Ausbauten, § 32 E-HOAI, (bisher: § 15 HOAI) werden nur noch 5 Leistungsphasen dem zwingenden Preisrecht unterworfen, nämlich die bisherigen Leistungsphasen 1 bis 5. Die bisherigen Leistungsphasen 6 bis 9 finden im verbindlichen Teil der HOAI (§§ 1 bis 52 E-HOAI) keine Berücksichtigung mehr. Sie sollen daher der freien Vereinbarung der Parteien unterliegen.¹⁰

5 Die Überschrift des Gesetzes soll laut Begründung des Entwurfes dem „Gender Mainstreaming“ Rechnung tragen (Begr. des Entwurfes v. 8.2.2008, S. 10 zu Nr. 1 – Überschrift). Ich weiß nicht, was das ist. Und ich will es auch gar nicht wissen.

6 „E-HOAI“ = §§ in der Fassung des Referentenentwurfes v. 8.2.2008.

7 Deren Bedeutung darf auf gar keinen Fall unterschätzt werden, denn diese Empfehlungen geben - jedenfalls derzeit - die „übliche“ Vergütung im Sinne von § 632 Abs. 2 BGB wider. Sie sind etwa auch Maßstab dafür, ob eine Honorarvereinbarung wucherisch im Sinne von § 138 Abs. 2 BGB ist.

8 Durch die Verwendung des Begriffs „Vergütungstatbestand“ (statt: Leistungsbild) soll die preisrechtliche Natur der HOAI klarer herausgestellt werden, Begr. des Entwurfes v. 8.2.2008, S. 11 zu Nr. 2 - § 1 Anwendungsbereich. Tatsächlich kommt der Begriff „Vergütungstatbestand“ in § 1 E-HOAI gar nicht vor, der Begriff Leistungsbild wird im Entwurf durchgängig verwendet, z.B. §§ 3 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 6 lit. b), 8 Abs. 1, 17, 18, 22, 23, 24, 25, 26, 32, 35, 39, 43, 46, 50 E-HOAI. Entweder ist der Entwurf nicht auf dem Stand der Begründung oder umgekehrt.

9 Begr. des Entwurfes v. 8.2.2008, A. III. 2., S. 8.

10 Vgl. Anlage zu Art. 1 Nr. 72, Anhang zur Honorarordnung für Architekten und Ingenieure, Stand 7.1.2008, Ziff. 2.1 Leistungsbild Objektplanung für Gebäude, Freianlagen und raumbildende Ausbauten, dort: Abs. 1 Leistungsphasen 6 bis 8. Die dortigen Empfehlungen entsprechen der bisher verbindlichen Regelung in § 15 Abs. 1 HOAI. Vgl. in diesem Zusammenhang nochmals o. Fn. 7.

1.6 Honorartafel endet bei 5 Mio. EUR anrechenbarer Kosten

- 9 Eine Honorartafel zur Objektplanung gibt es nach wie vor. Was bisher § 16 war, ist im Entwurf § 33. Die Tabelle fängt nach wie vor bei anrechenbaren Kosten in Höhe von 25.565,00 EUR an. Sie soll künftig nicht mehr bei 25.564.594,00 EUR enden (§ 16 Abs. 1 HOAI in der bisherigen Fassung), sondern bei 5.000.000,00 EUR. Die Reduzierung der Tafelwerte hat zur Folge, dass die preisrechtlichen Bindungen bei Bauvorhaben mit anrechenbaren Kosten über 5 Mio. EUR abgeschafft sind. Denn § 7 Abs. 2 E-HOAI sieht vor, dass die Honorare frei vereinbar sind, wenn die anrechenbaren Kosten außerhalb der Tafelwerte der Verordnung liegen.

1.7 Baukostenvereinbarungsmodell

- 10 Die anrechenbaren Kosten sollen nach § 4 Abs. 1 E-HOAI nach fachlich allgemein anerkannten Regeln der Technik oder auf der Grundlage ortsüblicher Preise nach den einschlägigen Verwaltungsvorschriften (Kostenvorschriften) ermittelt werden. Über die anrechenbaren Kosten sollen die Parteien eine einvernehmliche Regelung treffen, § 7 Abs. 1 E-HOAI. Wird keine Honorarvereinbarung getroffen, so soll die Kostenschätzung gelten, § 7 Abs. 6 S. 1 E-HOAI.

1.8 Bonus/Malus-Regelung

- 11 Gemäß § 7 Abs. 7 E-HOAI kann in Fällen des Unterschreitens oder Überschreitens der einvernehmlich festgelegten anrechenbaren Kosten ein Bonus- oder ein Malus-Honorar in Höhe von 10 % des Honorars vereinbart werden. Die Einführung einer optionalen Bonus-Malus-Regelung war vom Bundesrat in einer EntschlieÙung vom 6.Juni 1997¹¹ gefordert worden. Die Umsetzung im Entwurf ist aber nicht gelungen.¹²

1.9 Streichung des bisherigen § 8 HOAI

- 12 § 8 HOAI in der bisherigen Fassung, nach welchem Honorare erst nach prüffähiger Abrechnung fällig werden, wird ersatzlos gestrichen. Damit entfällt auch der Anspruch des Architekten oder Ingenieurs auf Abschlagszahlungen für nachgewiesene Leistungen in angemessenen zeitlichen Abständen (§ 8 Abs. 2 HOAI). Nach einer älteren Entscheidung des BGH¹³ hängt die Fälligkeit des Architektenhonorars nicht von der Abnahme der Leistungen des Architekten ab. § 8 HOAI wird offenbar als Sondervorschrift zu § 641 Abs. 1 S. 1 aufgefasst.¹⁴ Fällt die Regelung weg, ist zu fragen, ob jedenfalls jetzt eine Abnahme notwendig ist, um die Fälligkeit des Architektenhonorars herbeizuführen.

1.10 Tendenz: Deregulierung

- 13 Es zeigt sich somit eine *Tendenz*, das Architektenhonorarrecht zu deregulieren. Freie Preisvereinbarungen sind nunmehr möglich:
- wenn der Architekt seinen Sitz nicht im Inland hat;
 - bei Beratungsleistungen;
 - wenn die anrechenbaren Kosten bei der Objektplanung unter 25.565,00 EUR liegen;
 - wenn die anrechenbaren Kosten bei der Objektplanung über 5 Mio. EUR liegen;

11 BR-Drucks. 399/95.

12 Hierzu: u. 2. k).

13 BauR 1986, 596 ff. = NJW-RR 1986, zust. etwa: Palandt/Sprau, BGB, 67. Aufl. (2008), § 641 Rn. 16; Locher/Koebler/Frik, HOAI, 9. Aufl. (2007), § 8 R. 8; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 12. Aufl. (2007), R. 962; vgl. aber BGHZ 37, 341, 345; BGH, BGH 2000, 128 ff. = NJW 2000, 133 f.

14 Denn das Architektenwerk ist in der Regel abnahmefähig, BGHZ 37, 341, 345; BGH, BauR 2000, 128 ff. = NJW 2000, 133 f.; Knipp, in: Thode/Wirth/Kuffer, Praxishandbuch Architektenrecht (2004), § 7 Rn. 79. Die Fälligkeit richtet sich also nicht etwa nach § 646 BGB.

- bei Architektenverträgen über die Vorbereitung der Vergabe, über die Mitwirkung bei der Vergabe, über die Objektüberwachung und die Objektbetreuung;
- bei Planungsänderungen und Verlängerung der Bauzeit;
- bei den bisherigen Besonderen Leistungen;
- bei Zuschlägen für Umbauten und Modernisierungen.

2. Kritik:

- 14 Die von den Kammern und Berufsverbänden geäußerte Kritik wurde bereits angesprochen.¹⁵ Sie ist weniger juristisch geprägt. Die Interessenvertretungen der Architekten und Ingenieure sind vielmehr schon tendenziell gegen eine Deregulierung des Honorarrechts. Aus *rechtlicher Sicht* sind eine Reihe von Kritikpunkten angebracht. Hier sei nur auf folgende *Beispiele* hingewiesen:

2.1 Inländerdiskriminierung

- 15 § 1 E-HOAI beschränkt den persönlichen Anwendungsbereich der HOAI auf Inländer. Das ist wohl der erste Fall, in denen die Inländerdiskriminierung sich nicht mittelbar aus der Europarechtswidrigkeit einer Norm ergibt, sondern vom Gesetzgeber ausdrücklich angeordnet wird. Diese Inländerdiskriminierung ist verfassungsrechtlich nicht zulässig.¹⁶ Sie kann rechtspolitisch aber auch nicht ernsthaft angestrebt werden.¹⁷ Übersehen wird, dass die Schaffung abdingbarer Tatbestände des Honorarrechts gereicht hätte, um Bedenken wegen der unzulässigen Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit auszuräumen. Allenfalls wäre eine Begünstigung der EU-Ausländer angezeigt gewesen. Nach dem Entwurf sind aber auch Architekten aus allen anderen Drittländern von den Zwängen der HOAI befreit.

2.2 Die „im Allgemeinen erforderlichen“ Leistungen

- 16 Nach § 3 E-HOAI sind nur Leistungen, die „zur ordnungsgemäßen Erfüllung“ eines Auftrages im Allgemeinen erforderlich sind, durch die Leistungsbilder erfasst. Leistungen, die durch eine Änderung des Leistungsziels, des Leistungsumfangs, einer Änderung des Leistungsablaufs oder anderer Anordnungen des Auftraggebers erforderlich werden, sollen von den Leistungsbildern nicht erfasst sein. (1) Das ist missverständlich. Denn *zivilrechtlich* können gerade die in § 3 Abs. 1 Satz 2 HOAI aufgeführten Leistungen zur ordnungsgemäßen Erfüllung (§ 362 Abs. 1 BGB) notwendig sein. Hier werden Preisrecht und Zivilrecht nicht klar auseinander gehalten.¹⁸ (2) Gleiches gilt für § 3 Abs. 3 E-HOAI, wonach das Ergebnis jeder Leistungsphase vom Architekten oder Ingenieur mit dem Auftraggeber abzustimmen ist. Sollen hier durch zivilrechtliche Verpflichtungen begründet werden und wenn ja, welche? Sollen die Parteien Teilerfolge im zivilrechtlichen Sinne vertraglich definieren oder nach Erbringung der Leistungen einer Leistungsphase Abstimmungen treffen? Was ist, wenn sie es nicht tun? (3) Zu einer Änderung des Leistungsziels oder des Leistungsumfanges kann es zivilrechtlich nur kommen, wenn die Parteien entsprechende Vereinbarungen schließen oder der Auftraggeber ein ihm vertraglich eingeräumtes Leistungsbestimmungsrecht (§ 315 BGB) nach billigem Ermessen ausübt. Warum für die aufgrund einer solchen Änderung erbrachten Leistungen keine oder andere preisrechtliche Regelungen gelten sollen als für die Leistungen, die in § 3 Abs. 1 Satz 1 E-HOAI beschrieben sind, ist unklar.¹⁹ (4) Gleiches gilt für das Verhältnis zwischen § 3 Abs. 1 Satz 2 E-HOAI und § 10 Abs. 1 E-HOAI. Warum wird der

15 O. Fn. 4.

16 Vorwerk, in: FS für Ganten (2007), 79 ff.; Deckers, BauR 2007, 1128 ff.

17 Vgl. Deckers, BauR 2007, 1128, 1136 f.

18 Die Bedenken werden durch die Verwendung der Worte: „... im Allgemeinen erforderlich ...“ nicht ausgeräumt.

19 Allerdings ist das auch jetzt schon so und auch der Statusbericht HOAI 2000plus (o. Fn. 3), Kap. 8, S. 8-28, dort: § 20 Abs. 1 und 2, hat nichts anderes vorgeschlagen.

Vergütungstatbestand „Mehrere Vor- und Entwurfsplanungen“ für Änderungen des Leistungsziels beibehalten, wenn Leistungen, die aufgrund solcher Änderungen erbracht werden, gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 E-HOAI von den Leistungsbildern der HOAI eigentlich nicht umfasst sind?

2.3 Abschaffung der Besonderen Leistungen

- 17 Die „Besonderen Leistungen“ sollen abgeschafft werden. Als Begründung wird angegeben,²⁰ die bisherige Unterscheidung in verschiedene Leistungsarten habe keine vertragsrechtlichen Konsequenzen, da ja die HOAI keine normativen Leitbilder für den Inhalt von Verträgen enthalte.²¹ Das leuchtet nicht ein. Bisher ist es doch so, dass die Parteien ein zusätzliches Honorar vereinbaren können, wenn der Architekt Besondere Leistungen mit nicht unwesentlichem Arbeits- und Zeitaufwand erbringen soll, § 5 Abs. 4 HOAI. Der zulässige Honorarraum wird also vergrößert. Die Konsequenzen sind preisrechtliche. Mit Vertragsrecht hat das nichts zu tun.²² Nach dem Willen des Verordnungsgebers²³ soll künftig Honorar für Leistungen, die heute Besondere Leistungen sind, frei vereinbart werden können. (1) Damit bleibt es nach wie vor erforderlich, zwischen Grundleistungen und anderen Leistungen zu unterscheiden, mögen diese nun Besondere Leistungen heißen oder nicht. Die Unterscheidung wird nur schwieriger, weil gesetzliche Orientierungspunkte fehlen. (2) Dass für Leistungen, die nicht Grundleistungen sind, das Honorar frei vereinbart werden kann, ergibt sich aus der geplanten gesetzlichen Regelung auch allenfalls mittelbar, was zu bedauern ist. (3) Schließlich entfallen mit der geplanten Regelung die Beschränkungen des jetzigen § 5 Abs. 4 HOAI. D.h.: Honorarvereinbarungen sind auch möglich für Leistungen, die nur unwesentlichen Aufwand verursachen. Das Honorar muss auch nicht mehr im angemessenen Verhältnis zum Honorar für die Grundleistungen stehen. Diese Konsequenz ist fragwürdig.

2.4 Beratungsleistungen nicht mehr verbindlich geregelt

- 18 Die Herausnahme der *Beratungsleistungen* (thermische Bauphysik, Schallschutz, Raumakustik, Bodenmechanik und vermessungstechnische Leistungen) aus dem verbindlichen Teil der HOAI ist *verfassungsrechtlich bedenklich*. Gleiches gilt für die Streichung jedenfalls der *Leistungsphasen 6 bis 8* in § 15 HOAI und der entsprechenden Leistungsphasen in den anderen Leistungsbildern. Hierzu folgendes: (1) In der Begründung des Referentenentwurfes vom 8.2.2008²⁴ heißt es: „Die Ermächtigungsgrundlage gibt dem Verordnungsgeber zwar die Befugnis zum Erlass einer Rechtsverordnung, sie legt ihm aber keine Pflicht zu ihrem Erlass auf. Dem Verordnungsgeber ist es daher erst Recht freigestellt, Teile der bisherigen HOAI, auch wenn sie in der Ermächtigung genannt sind, ungeregelt zu lassen.“ (2) Verfassungsrechtlich begründet eine Ermächtigung im Sinne von Art. 80 Abs. 1 GG grundsätzlich keine Pflicht des Ermächtigungsadressaten zum Tätigwerden.²⁵ (3) Etwas anderes gilt aber, wenn das ermächtigende Gesetz den Adressaten zur Tätigkeit verpflichtet.²⁶ (4) §§ 1 und 2 IngAIg ordnen nicht ausdrücklich an, dass die Bundesregierung eine HOAI schaffen *muss*. Das Gesetz regelt aber eindeutig, dass „Honorare für Leistungen *bei der Beratung* des Auftraggebers, bei der (...) *Ausführung* von Bauwerken (...), bei der *Ausschreibung und Vergabe* von Bauleistungen (...) *zu regeln* ...“ *sind*, §§ 1 Abs. 1 Satz 2, 2 Abs. 1 Satz 2 IngAIg, *wenn* eine HOAI geschaffen wird. Diese gesetzlichen Vorgaben erfüllt der Entwurf der Bundesregierung nicht.

20 Begr. des Entwurfes vom 8.2.2008, S. 11 zu Nr. 3 (§ 2 Leistungen).

21 So zu recht: BGH, BauR 1997, 154 ff.

22 Gerade das ist doch die wichtigste Aussage des in der Begründung des Entwurfes zitierten Urteils des BGH (BauR 1997, 154 ff.).

23 Begr. des Entwurfes, a.a.O.

24 Dort: A. II., S. 5.

25 Jarass/Pieroth, GG, 8. Aufl. (2006), Art. 80 Rn. 22.

26 BVerfGE 13, 248, 254.

2.5 Verzicht auf prüffähige Abrechnung. Abschaffung der Abschlagszahlungsregel.

- 19 Begrüßenswert ist, dass der Entwurf auf das Erfordernis der prüffähigen Abrechnung verzichtet. Dies entspricht den Empfehlungen des 1. Deutschen Baugerichtstages vom 19. und 20. Mai 2006 in Hamm.²⁷ Das Kriterium der Prüffähigkeit bewirkt kaum wirklichen Auftraggeberschutz. Die Berufung auf die fehlende Prüffähigkeit erfolgt regelmäßig allein aus taktischen Gründen und ohne ein wahrhaftiges Interesse an weiteren oder anderen Angaben in der Rechnung. Für die Beantwortung der Frage, ob zur Herbeiführung der Fälligkeit des Honorars die *Abnahme des Architektenwerkes* erforderlich ist, gilt nichts anderes als vorher. Denn § 8 Abs. 1 HOAI in der jetzt gültigen Fassung hat nicht andere, sondern zusätzliche Voraussetzungen für die Fälligkeit aufgestellt. Im Verhältnis zu § 641 Abs. 1 S. 1 BGB ist § 8 Abs. 1 HOAI nicht *lex specialis*. Der Verordnungsgeber hat nämlich nicht die Befugnis, gesetzliche Bestimmungen des BGH abzubedingen. D.h.: wer bisher die Abnahme für entbehrlich hält und Abnahmereife (§ 640 Abs. 1 S. 2 BGB) genügen lässt, kann das auch in Zukunft tun.

Für die Rechtspraxis wichtiger ist die Abschaffung des jetzigen § 8 Abs. 2 HOAI. Wegen *Abschlagsforderungen* ist der Architekt in Zukunft auf § 632a BGB verwiesen.²⁸ Dessen Voraussetzungen – insbesondere das Merkmal des in sich abgeschlossenen Teils des Werks – liegen aber selten vor.²⁹ Wird § 8 Abs. 2 HOAI tatsächlich ersatzlos gestrichen, so wird es *praktisch keine Ansprüche* der Architekten *auf Zahlung von Abschlägen* geben. Das ist gerade bei länger dauernden Vertragsverhältnissen nicht hinnehmbar. Zwar soll § 632a BGB durch das FoSiG geändert werden. Insbesondere soll das Merkmal des „in sich abgeschlossenen“ Teils des Werks verzichtet werden.³⁰ Allerdings sollen auch gemäß § 632a BGB in der Fassung des FoSiG Abschlagsforderungen davon abhängen, dass die Leistungen dem Besteller „in nicht mehr entziehbarer Weise“ zur Verfügung stehen. Ob das für regelmäßige Abschläge in angemessenen zeitlichen Abständen reicht, kann man bezweifeln. Die Formulierung des § 16 Nr. 1 Abs. 1 VOB/B, wonach Abschläge in möglichst kurzen Zeitabständen zu gewähren sind, ist in § 632 a E-BGB nämlich nicht übernommen, obwohl die Bestimmung ansonsten Vorbild des Entwurfs ist. Jedenfalls wird man den Architekten dringend raten müssen, Ansprüche auf Abschlagszahlungen vertraglich zu vereinbaren.

2.6 Neuregelung der anrechenbaren Kosten

- 20 Die anrechenbaren Kosten sollen gemäß § 4 Abs. 1 E-HOAI nicht mehr nach DIN 276 in der Fassung vom April 1981 festgestellt werden, sondern „nach fachlich allgemein anerkannten Regeln der Technik oder auf der Grundlage ortsüblicher Preise nach den einschlägigen Verwaltungsvorschriften (Kostenvorschriften)“. Gemeint ist bei der Objektplanung die DIN 276 in der neusten Fassung.³¹ Nach Verwaltungsvorschriften sollen die anrechenbaren Kosten ermittelt werden, wenn dies bei öffentlich rechtlichen Auftraggebern üblich ist (z.B. im Tiefbau).³² Das ist aber nicht einzusehen: Warum sollte sich ein öffentlicher Auftraggeber die Regeln für die Kostenermittlung selbst aufstellen dürfen?
- 21 Zu begrüßen ist die *Abkopplung der anrechenbaren Kosten von den tatsächlichen Baukosten*. Der Architekt soll keine Nachteile erfahren, wenn bei gleicher Leistung preiswerter gebaut wird als nach den vereinbarten (§ 7 Abs. 1 E-HOAI) oder ortsüblichen (§ 7 Abs. 6 E-HOAI) Kosten. Ebenso ist zu begrüßen, dass der Architekt keine Vorteile haben soll, wenn teurer als zu ortsübli-

27 Vgl. hierzu Saerbeck, Sonderbeilage zu ZfBR 3/2006, S. 17; Werner, ebd. S. 18.

28 Vgl. Begr. des Entwurfes v. 8.2.2008, zu Nr. 12- § 8 Zahlungen, S. 17.

29 Vgl. hierzu: Kniffka, ZfBR 2000, 227, 229; Peters, NZBau 2000, 169,170.

30 BT-Drucks. 16/511, S. 5, 14 f.

31 Begr. des Entwurfes v. 8.2.2008, zu Nr. 15 - § 10 Abs. 2, S. 19.

32 Begr. des Entwurfes v. 8.2.2008, zu Nr. 15 - § 10 Abs. 2, S. 19.

chen Preisen vergeben wird. Unverständlich ist dann aber die Regelung in § 4 Abs. 2 E-HOAI, der den bisherigen § 10 Abs. 3 HOAI übernimmt. Die Regelung ist überflüssig, weil nach §§ 4 Abs. 1, 7 Abs. 1 und 6 E-HOAI ohnehin die vereinbarten oder ortsüblichen Preise Berechnungsfaktor sind.

2.7 Anrechnung vorhandener Bausubstanz

- 22 Bei der Objektplanung übernimmt § 31 Abs. 1 E-HOAI den bisherigen § 10 Abs. 3a HOAI. Die Streichung dieser Vorschrift war angeregt worden.³³ M. E. spricht aber doch einiges für die Anrechnung des Wertes der vorhandenen Substanz. (1) Es wäre aber empfehlenswert gewesen, den Begriff „angemessen“ genauer zu definieren, um willkürlichen Betrachtungen von Honorarsachverständigen entgegenzuwirken. (2) Jedenfalls sollte auf das Schriftformerfordernis in § 31 Abs. 1 S. 2 E-HOAI verzichtet werden. Nach Auffassung des BGH ist die Schriftform in § 10 Abs. 2 a HOAI in der bisherigen Fassung keine Anspruchsvoraussetzung.³⁴ Es ist unklar, ob der Ordnungsgeber den alten § 10 Abs. 3a HOAI mit gleichem Regelungsgehalt übernehmen will und es bei der alten Rechtslage bleiben soll, oder ob dem Ordnungsgeber auf die Schriftform als Anspruchsvoraussetzung gerade ankommt.

2.8 Neuregelung der Honorarzonen

- 23 Nach wie vor sollen die Honorarzonen den Schwierigkeitsgrad eines Bauwerks bewerten, § 2 Nr. 13 E-HOAI. Im Allgemeinen Teil wird nur noch geregelt, dass es fünf Honorarzonen für die Objektplanung gibt (§ 5 Abs. 1 E-HOAI). Die Bewertungskriterien für Leistungen bei Gebäuden sind dann erst im Leistungsbild der Objektplanung dargestellt (§ 33 Abs. 2 E-HOAI). Der systematische Sinn liegt darin, dass für die verschiedenen Leistungsbilder verschiedene Bewertungskriterien aufgestellt werden. Dies mag die durch das Auseinanderziehen der Regelungen entstehende Unübersichtlichkeit vielleicht noch rechtfertigen. Weniger erfreulich ist die Streichung der Regelbeispiele in dem jetzigen § 12 HOAI. Denn diese sind derzeit eine gute Auslegungshilfe, die einen Rest von Rechtssicherheit vermitteln können.³⁵ Die Punktebewertungen der Sachverständigen für Honorarfragen sind hingegen üblicherweise willkürlich.³⁶

2.9 Die Honorarvereinbarungen im Allgemeinen

- 24 An die Stelle des bisherigen § 4 HOAI soll § 7 des Entwurfes treten. Die Vorschrift ist allerdings stark verändert. § 4 Abs. 1 HOAI in der bisherigen Fassung ordnet an, dass sich das Honorar nach der *schriftlichen Vereinbarung bei Auftragserteilung* richtet. Ist nichts vereinbart, gelten die Mindestsätze, § 4 Abs. 4 HOAI. § 4 Abs. 1 HOAI wird als Formvorschrift im Sinne der §§ 125 ff. BGB aufgefasst. Nicht schriftliche oder nicht „bei Auftragserteilung“ abgeschlossene Honorarvereinbarungen sind unwirksam gemäß § 125 BGB. In § 7 Abs. 1 E-HOAI ist die Schriftform ausdrücklich nicht mehr vorgesehen. Sie ist in den Abs. 3 und 4 vorgeschrieben für die Fälle der nach wie vor nur ausnahmsweise zulässigen Mindestsatzunterschreitung (§ 7 Abs. 3 E-HOAI), für die nur ausnahmsweise zugelassene Überschreitung der Höchstsätze (§ 7 Abs. 4 E-HOAI) und für die Anpassung einer Honorarvereinbarung wegen geänderter Leistungsanforderungen mit der Folge von Baukostenveränderungen (§ 7 Abs. 6 E-HOAI). Wortlaut und Systematik des § 7 Abs. 1 E-HOAI sowie die Nichtübernahme des bisherigen Textes des § 4 Abs. 1 HOAI könnten zu der Annahme verleiten, die Schriftform sei – außer in den genannten Fällen – nicht mehr erforderlich.

33 Vgl. Jochem, Sonderbeilage zu ZfBR 3/2006, S. 18.

34 BGH, BauR 2003, 745 ff. = NJW 2003, 1667 ff.

35 Der Ordnungsgeber will durch die Streichung der bisherigen §§ 12, 14 und 14b HOAI „die Fähigkeit der Büros zur exakten Kalkulation und Vertragsgestaltung (...) stärken, Begr. des Entwurfes v. 8.2.2008, zu Nr. 17 - §§ 12 bis 14b – Honorarzonen und Objektlisten, S. 21. Wie das geschehen soll, ist unklar.

36 Deckers, BauR 2001, 1832, 1837.

Tatsächlich ist es aber die Absicht des Verordnungsgebers, „das Gebot der schriftlichen Vereinbarung bei Auftragserteilung“³⁷ zu beachten. Hierzu sieht er sich durch die „Vorgabe im Artikelgesetz“ (gemeint sind die §§ 1, 2 IngAlg) gehalten. Hieran sind zunächst zwei Dinge zu bemängeln: (1) Das ermächtigende Gesetz verlangt Schriftform nur für die Unterschreitung der Mindestsätze (§§ 1 Abs. 3 Nr. 1, 2 Abs. 3 Nr. 2 IngAlg) und die Überschreitung von Höchstsätzen (§§ 1 Abs. 3 Nr. 2, 2 Abs. 3 Nr. 2 IngAlg). Das „Gebot der schriftlichen Vereinbarung bei Auftragserteilung“, von dem der Referentenentwurf spricht, gibt es gar nicht. (2) Soll die Schriftform bestehen bleiben, so muss sich das aus der Verordnung selbst ergeben.

2.10 Das Baukostenvereinbarungsmodell

- 25 § 7 Abs. 1 E-HOAI verdient aber noch weitere Kritik. So will der Verordnungsgeber, dass die Parteien bei Auftragserteilung eine Vereinbarung über einerseits „die Leistung“ und andererseits – so wörtlich – „die einvernehmlich festgelegten anrechenbaren Kosten“ schließen (sog. *Baukostenvereinbarungsmodell*).³⁸ Hierdurch sollen die Honorare von den tatsächlichen Baukosten entkoppelt werden. Grundsätzlich ist dies zu begrüßen. Der Architekt soll keine Nachteile durch Kosteneinsparungen erleiden und keine Vorteile von Kostensteigerungen haben. Die Zielsetzung ist zu begrüßen. Die Umsetzung ist jedoch missglückt. Im einzelnen: (1) Nach dem Wortlaut des § 7 Abs. 1 E-HOAI muss über einvernehmlich festgelegte anrechenbare Kosten eine Vereinbarung getroffen werden. Warum dies, wenn die anrechenbaren Kosten doch schon einvernehmlich festgelegt sind? (2) Des Weiteren fehlt in § 7 Abs. 1 E-HOAI eine Regelung, wonach die Parteien auch über den *Honorarsatz* oder die *Honorarzone* eine Vereinbarung treffen können oder sollen.³⁹ Das könnte bedeuten, dass für Vereinbarungen über die Honorarzone innerhalb des vom BGH zugestandenen Ermessensspielraums⁴⁰ und über den Honorarsatz keine zeitlichen oder formellen Grenzen bestehen. Ob das aber gewollt ist, bleibt zweifelhaft. Die Entwurfsbegründung sagt hierzu nichts. (3) Warum wird das Erfordernis der Vereinbarung „bei Auftragserteilung“ überhaupt beibehalten? §§ 1, 2 IngAlg erfordern das nicht. (4) Unklar ist, ob aus § 7 Abs. 5 E-HOAI der Schluss gezogen werden kann, dass nur in den dort genannten Fällen (Änderung der Leistungsanforderungen mit der Folge von Baukostenveränderungen) eine Änderung der Vereinbarung über die anrechenbaren Kosten und die Leistung des Architekten möglich ist. (5) Was ist in solchen Fällen mit der Änderung von Vereinbarungen über die Honorarzone oder erstmaligen Vereinbarungen hierüber? Sind sie zulässig? Die Schriftform in § 7 Abs. 5 E-HOAI soll wohl Wirksamkeitsvoraussetzung für die Nachtragsvereinbarung sein.⁴¹ Warum hier diese Formstrenge, die etwa in § 10 Abs. 1 und 2 E-HOAI nicht vorgesehen ist? Oder soll sie dort gelten, ohne angeordnet zu sein?

2.11 Die Bonus/Malus-Regelung

- 26 Die Bonus-Malus-Regelung in § 7 Abs. 7 E-HOAI ist missglückt. (1) Dem Wortlaut nach ist sie beschränkt auf Fälle der einvernehmlichen Festlegung der anrechenbaren Kosten. Das müsste bedeuten, dass sie in den Fällen des § 7 Abs. 6 E-HOAI nicht gilt. Ist das gewollt? (2) Der Bonus oder Malus soll laut Entwurf 10 % „des“ Honorars betragen. Gemeint ist wohl „bis zu“ 10 %.⁴² Es wäre sinnvoll, das dann auch so zu formulieren. (3) „Honorar“ im Sinne von § 7 Abs. 7 HOAI soll das sich bei Zugrundelegung der einvernehmlich festgelegten anrechenbaren Kosten zu er-

37 So Begr. des Entwurfes v. 8.2.2008, B. zu Art. 1 zu Nr. 6 - § 4 Vereinbarung des Honorars, S. 12

38 Begr. des Entwurfes v. 8.2.2008, A. III., S. 7 f.

39 § 7 Abs. 1 S. 2 E-HOAI regelt lediglich, dass der zulässige Honorarrahmen auch bei der Vereinbarung von Zeithonoraren eingehalten werden muss – eine Selbstverständlichkeit.

40 BGH, BauR 2004, 354 f. = NJW-RR 2004, 233 f.

41 Vgl. Begr. des Entwurfes, zu Nr. 6 - § 4 Vereinbarung des Honorars, S. 13.

42 So die Begr. des Entwurfes, zu Nr. 6 - § 4 Vereinbarung des Honorars, S. 14.

rechnende Honorar sein.⁴³ Das erschließt sich aber nur aus der Entwurfsbegründung und nicht aus der Verordnung selbst. (4) Ist die Bonus-Malus-Regelung überhaupt gerecht? Warum soll der Architekt Honorarnachteile haben, wenn die Baukosten steigen, ohne dass er dies zu vertreten hat? So gilt dem Wortlaut nach die Malus-Regelung selbst in Fällen des § 7 Abs. 5 E-HOAI oder wenn der Auftraggeber teurere Baustoffe auswählt als ursprünglich vorgesehen. (5) Wann kann die Vereinbarung nach § 7 Abs. 7 geschlossen werden? Wenn die Kosten bereits unter- oder überschritten sind? Das legt der Wortlaut nahe. Oder „für den Fall“ des Unterschreitens oder Überschreitens der Kosten. Das wäre sinnvoller. (6) Nach dem Wortlaut soll jede Überschreitung der vereinbarten Kosten den vereinbarten Malus, jede Unterschreitung den vereinbarten Bonus auslösen. Das würde bedeuten, dass z.B. eine nicht zu vertretende minimale Kostenüberschreitung (z.B.: 0,01 %) einen Honorarnachteil in Höhe von bis zu (vgl. (2)) 10 % verursachen kann. Das wäre Lotterie. Ist das gewollt?

2.12 Mehrere Vor- und Entwurfsplanungen

- 27 § 10 des Entwurfes soll an die Stelle des bisherigen § 20 treten.⁴⁴ Es geht um die Honorierung des Architekten für die Anfertigung mehrerer Vor- oder Entwurfsplanungen. Nach der bisherigen Regelung (§ 20 HOAI in der jetzt gültigen Fassung) hat der Architekt Anspruch auf Vergütung sämtlicher von ihm erstellter Vor- oder Entwurfsplanungen, die er aufgrund des Architektenvertrages erstellt. Auch hier geht es nur um Preisrecht. Aus der Vorschrift ergibt sich nicht, ob der Architekt mehrere Vor- oder Entwurfsplanungen schuldet. Für eine nicht geschuldete Planung erhält der Architekt nichts, denn er hat schon dem Grunde nach keinen Werklohnanspruch gem. § 631 BGB. Umgekehrt kann nicht etwa der Auftraggeber aufgrund der Vorschrift des § 20 HOAI eine bestimmte Anzahl von Vor- oder Entwurfsplanung nach grundsätzlich verschiedenen Anforderungen verlangen. Hierauf hat er nur Anspruch, wenn er mit dem Architekten eine entsprechende Vereinbarung getroffen hat oder etwa ein entsprechendes Leistungsbestimmungsrecht (§ 315 BGB) besteht. Nach der jetzigen Regelung erhält der Architekt für die umfassendste Vor- oder Entwurfsplanung das Honorar, das wie üblich nach den anrechenbaren Kosten und der Honorarzone zu ermitteln ist. Für den Leistungsumfang gilt § 15 Abs. 1 HOAI (Vorplanung: 7 % / Entwurfsplanung: 11 %). Für jede weitere Planung soll der Architekt nur 50 % des Honorars bekommen, das er erhielte, wenn er nur eine Vor- oder Entwurfsplanung anfertigt. § 20 HOAI wird daher zu recht als „Honorarkürzungsvorschrift“ bezeichnet.⁴⁵ Diese Regelung kann man durchaus als ungerecht empfinden. Immerhin aber ist § 20 HOAI in der jetzigen Fassung ein *Honorartatbestand*. D. h.: Besteht ein Vergütungsanspruch dem Grunde nach, so kann der Architekt § 20 HOAI entnehmen, wie er sein Honorar für die weiteren Vor- und Entwurfsplanungen *berechnen* kann.
- 28 § 10 des Entwurfes erweitert den sachlichen Anwendungsbereich des jetzigen § 20 HOAI. Die Regelung gilt nicht nur für mehrere Vor- und Entwurfsplanungen *nach grundsätzlich verschiedenen Anforderungen* (hierzu: § 10 Abs. 1 E-HOAI). Der Anwendungsbereich wird darüber hinaus erstreckt auf *Änderungen des Bauentwurfes unter Beibehaltung des Leistungsziels* (§ 10 Abs. 2 E-HOAI).⁴⁶ Immerhin ist damit dem Missverständnis mancher Auftraggeber entgegengesetzt, dass solche Änderungen von den Auftraggebern ohne weiteres, insbesondere ohne Honorierung, verlangt werden können. Nicht ganz einfach wird die Abgrenzung der Planung nach grundsätzlich verschiedenen Anforderungen von der Planungsänderung unter Beibehaltung des Leistungsziels. Diese wird aber keine allzu große Rolle spielen, da in beiden Absätzen die gleiche Rechtsfolge angeordnet wird. Problematisch ist aber, dass § 10 E-HOAI keinen Honorartatbestand mehr ent-

43 Begr. des Entwurfes v. 8.2.2008, zu Nr. 8 - § 5 Berechnung des Honorars in besonderen Fällen, S. 15.

44 Die systematische Einordnung der Vorschrift in den Allgemeinen Teil der HOAI geht auf einen Vorschlag des Statusberichts 2000plus (o. Fn. 3), dort: Zusammenfassung Z14, zurück.

45 Etwa: Löffelmann/Fleischmann, Architektenrecht, 5. Aufl. (2007), Rn. 1116.

46 Dies beruht auf einem Vorschlag des Statusberichts 2000plus (o. Fn. 3), Kap. 8, S. 8-28.

hält, sondern lediglich den Rahmen für zulässige Honorarvereinbarungen gegenüber dem üblichen Rahmen erweitert. In beiden Absätzen heißt es nämlich, dass für die umfassendste Vor- oder Entwurfsplanung die vollen vom Hundertsätze der Leistungsphasen 2 und 3 und für jede andere Vor- oder Entwurfsplanung die „anteiligen“ vom Hundertsätze der entsprechenden Leistungen vereinbart werden können. Das ist in problematisch. (1) Erstens muss der Begriff der *Änderung* im Sinne dieser Vorschrift abgegrenzt werden von den üblichen Abstimmungen zwischen Architekt und Bauherr während des dynamischen Planungsprozesses. Das Merkmal „Wiederholung von Planungsleistungen“ ist hierfür ungeeignet. Gemeint sind offenbar Planungsleistungen auf einer Arbeitsstufe, die schon einmal erreicht war.⁴⁷ (2) Zum Zweiten sind die problematischen Fälle doch gerade die, in denen der Bauherr meint, er müsse lediglich eine Planung vergüten. In diesen Fällen wird eine *Vereinbarung* nicht zustande kommen. Hat der Architekt dann Pech gehabt? Das kann kaum gemeint sein, denn der Ordnungsgeber will den Beteiligten eigentlich mehr Verhandlungsspielraum einräumen, das Honorar an die tatsächlichen Gegebenheiten anzupassen,⁴⁸ nicht aber den Architekten Honorare für solche Leistungen nehmen.^{49 50}

2.13 Umbau und Modernisierung

- 29 Der bisherige § 24 HOAI (Umbauten und Modernisierung von Gebäuden) soll ersatzlos gestrichen werden. Nach dem Willen des Ordnungsgebers sollen Zuschläge für die Planung von Umbauten und Modernisierung künftig frei verhandelt werden können.⁵¹ (1) Zu kritisieren ist zunächst, dass sich dies aus dem Entwurf der Verordnung selbst nicht ergibt. Denn nach dessen Wortlaut gilt der Honorarraum des § 32 Abs. 1 E-HOAI auch für Umbauten und Modernisierungen, jedenfalls für die in dieser Vorschrift aufgeführten Leistungen, wenn sie bei einem Umbau oder Modernisierungsprojekt erbracht werden. (2) Es hätte nichts dagegen gesprochen, einen vertraglich abdingbaren Vergütungstatbestand mit Regelsatz zu schaffen.

3. Fazit

- 30 Der Referentenentwurf vom 8.2.2008 bedarf aus rechtlicher Sicht dringend der Überarbeitung.

47 Zivilrechtlich muss es sich um Leistungen handeln, die der Architekt oder Ingenieur nicht (mehr) schuldet, weil er erfüllt hat oder im dynamischen Planungsprozess bereits eine andere Vorgehensweise verabredet war (§ 311 Abs. 1 BGB) oder wirksam vom Auftraggeber festgelegt wurde (§ 315 Abs. 1 BGB). Denn dann besteht ein Werklohnanspruch dem Grunde nach.

48 Begr. des Entwurfes v. 8.2.2008, S. 25 zu Nr. 19 - § 20 Mehrere Vor- und Entwurfsplanungen, S. 25.

49 Nach § 20 Abs. 2 des Vorschlages des Statusberichts 2000plus, Kap. 8, S. 8-28, sollte die Vorschrift, an deren Stelle § 10 Abs. 2 HOAI getreten ist, ein Vergütungstatbestand sein.

50 Besteht ein Vergütungsanspruch dem Grunde nach (vgl. o. Fn. 47), so wird das Honorar des Architekten oder Ingenieurs jedenfalls gemäß § 632 Abs. 2 BGB zu bestimmen sein.

51 Begr. des Entwurfes v. 8.2.2008, S. 28 zu Nr. 22 - § 24 Umbauten und Modernisierung von Gebäuden, S. 28.