

Die Empfehlungen des 2. Deutschen Baugerichtstages zur HOAI-Novelle

Der 2. Deutsche Baugerichtstag hat am 13. und 14. Juni 2008 in Hamm/Westf. getagt. Im Arbeitskreis IV (Architekten- und Ingenieurrecht) wurden zunächst die europarechtlichen Aspekte des verbindlichen Honorarrechts diskutiert. Sodann befasste man sich mit dem Referentenentwurf des BMWi zur 6. Novelle der HOAI,¹ der kritisch betrachtet wurde. Der Baugerichtstag hat Empfehlungen an den Verordnungsgeber ausgesprochen. Auch diese Empfehlungen verdienen Kritik, wie im Folgenden gezeigt werden soll.

I. Der deutsche Baugerichtstag

Der Deutsche Baugerichtstag ist eine Veranstaltung des „Deutscher Baugerichtstag e.V.“² Zweck dieses Vereins ist die ausschließliche und unmittelbare Förderung der Wissenschaft, Forschung und Lehre auf allen Gebieten des privaten und öffentlichen Baurechts sowie des Vergaberechts.³ Der Verein will die Auseinandersetzung mit aktuellen Fragen des Baurechts und der entsprechenden Rechtspolitik fördern.⁴ Hierzu unterbreitet er Regelungsvorschläge,⁵ die nach eingehender Diskussion in verschiedenen Arbeitsgruppen erarbeitet werden. Diese Arbeitsgruppen stimmen über die Vorschläge („Empfehlungen“) demokratisch ab. Der Baugerichtstag ist also keine Fortbildungsveranstaltung für Rechtsanwälte, sondern ein Instrument der Beteiligung interessierter⁶ und fachkundiger Kreise an der rechtspolitischen Entwicklung des Baurechts. Das bedeutet zwangsläufig, dass den Entschlüssen des Baugerichtstages nicht unbedingt immer fachliche Argumente zugrunde liegen, sondern auch tatsächliche oder auch nur vermeintliche Interessen der Betroffenen.

II. Referate

Die Hauptreferate wurden gehalten durch die Rechtsanwälte Prof. Dr. Vorwerk (Rechtsanwalt beim BGH, Karlsruhe), Dr. Wessely (Brüssel) und Dr. Koeble (Reutlingen).⁷ Vorwerk wies darauf hin, dass verbindliches Honorarrecht für Architekten und Ingenieure nur noch in Deutschland und Italien existiert. Durch die Honorarregelungen in diesen Ländern ist die Dienstleistungsfreiheit von Wettbewerbern aus anderen Ländern jedenfalls eingeschränkt,⁸ denn sie sind daran gehindert, ihre Leistungen auf dem deutschen oder italienischen Markt zu den Bedingungen anzubieten, die auf ihrem eigenen Markt gelten. Eine Rechtfertigung schloss Vorwerk aus. Einschränkungen aufgrund des Verbraucherschutzes sieht die Dienstleistungsrichtlinie nicht mehr vor. Der Schutz der öffentlichen Ordnung⁹ komme – so Vor-

¹ Hierzu: Deckers, Die 6. HOAI-Novelle in Vorbereitung:

http://www.wolterskluwer.de/psuite13/resources/attachments/im/true/preview/id/8167/Deckers_HOAI.pdf;

Koeble, BauR 2008, 894 ff.; Seifert, BauR 2008, 904 ff.

² § 2 Abs. 2 Satzung Deutscher Baugerichtstag e.V.

³ § 2 Abs. 1 S. 1 Satzung Deutscher Baugerichtstag e.V.

⁴ § 2 Abs. 1 S. 2 Satzung Deutscher Baugerichtstag e.V.

⁵ § 2 Abs. 1 S. 3 Satzung Deutscher Baugerichtstag e.V.

⁶ So ist die Beteiligung von Interessenvertretern – etwa Berufsverbänden – durchaus gewünscht. Im Arbeitskreis IV (Architekten- und Ingenieurrecht) waren ca. 2/3 Rechtsanwälte und ca. 1/3 Architekten und Ingenieure vertreten.

⁷ Das Referat Koebles entsprach inhaltlich seinem Beitrag in BauR 2008, 894 ff. Die Referate von Vorwerk und Wessely sollen in einem Sonderheft der Zeitschrift BauR veröffentlicht werden.

⁸ Vgl. die Rspr. des EuGH zu italienischen Rechtsanwaltsgebührenrecht (Cipolla), EuGH, AnwBl. 2007, 159 ff.; hierzu: Vorwerk, FS für Ganten (2007), 79 ff.; Deckers, BauR 2007, 1128 ff.

⁹ Zum Begriff: Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt v. 12.12.2006, 2006/123/EG, AmtsBl. der EU v. 27.12.2006, 376/41, Erwägungsgrund 41.

werk - als Rechtfertigung nur in Betracht, wenn eine tatsächliche und hinreichend erhebliche Gefahr, die ein Grundbedürfnis der Gesellschaft berührt, besteht.¹⁰ Das sei nicht festzustellen. So sei nicht bewiesen, dass ein Mindestpreis die Qualität der Architekten- und Ingenieurleistungen gewährleiste und Verbraucher schütze. Die Kommission habe durch Untersuchungen vielmehr festgestellt, dass die Mindestsätze häufig unterschritten werden, ohne dass ein Qualitätsabfall zu verzeichnen ist. § 1 E-HOAI,¹¹ der den persönlichen Anwendungsbereich der HOAI auf Architekten und Ingenieure mit Sitz im Inland beschränkt,¹² schränke die Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 43 EGV ein. Nach der Rspr. des EuGH geschehe das nämlich schon durch jede Regelung, die eine Niederlassung in einem anderen Mitgliedsstaat der Union weniger attraktiv macht.¹³ Die geringere Attraktivität der Niederlassung in Deutschland ergibt sich bereits daraus, dass der Wettbewerber aus dem EU-Ausland sich dort an preisrechtliche Bedingungen gebunden sieht, die in seinem oder einem anderen Drittland nicht gelten. Aus den genannten Gründen gibt es für diese Beschränkungen keine Rechtfertigung. Der Entwurf verstoße daher nach wie vor gegen Art. 43, 49 EGV und Art. 12 GG, und zwar, ohne dass es auf die Inländerdiskriminierung¹⁴ ankomme. Der Referent Wessely¹⁵ wollte die Aussichten der HOAI, vor dem europäischen Primärrecht zu bestehen, nicht ganz so pessimistisch beurteilen. Nach der Dienstleistungsrichtlinie sei der Verbraucherschutz zwar kein Rechtfertigungsgrund mehr für die Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit.¹⁶ Verbraucherschutz sei aber ein allgemeines Prinzip des europäischen Primärrechts. Soweit die Dienstleistungsrichtlinie den Verbraucherschutz als Rechtfertigungsgrund für die Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit ausschließe, verstoße sie daher gegen höherrangiges Recht. Daher bleibe Verbraucherschutz nach wie vor ein zulässiger Grund für die Beschränkung der Freiheit des Dienstleistungsverkehrs. Verbraucher schützend sei die HOAI, weil diese ohne Honorarordnung das Preis- / Qualitätsverhältnis von Architekten- und Ingenieurleistungen schlecht abschätzen könnten. Wessely hielt eine Beschränkung der Freiheit gemäß Art. 49 EGV daher für möglich. Das Referat von Koeble befasste sich mit Einzelheiten des Referentenentwurfes vom 8.2.2008. Ich gehe hierauf bei der Besprechung der einzelnen Empfehlungen ein.

III. Die Empfehlungen im einzelnen

Der Arbeitskreis IV hat insgesamt acht Empfehlungen ausgesprochen (Ziff. 1 – 7 b)).

1. Empfehlung (Beibehaltung einer Honorarordnung im Rahmen des europarechtlich zulässigen)

Die erste Empfehlung lautet:

„Die Dienstleistungsrichtlinie ermöglicht Preisregelungen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses. Dem Gesetz- und Verordnungsgeber wird empfohlen, diesen Spielraum

¹⁰ So wird die öffentliche Ordnung im 41. Erwägungsgrund der Richtlinie 2006/123/EG vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt definiert, AmtsBl. der EU v. 27.12.2006, L 376/41.

¹¹ In der Fassung des Referentenentwurfes v. 8.2.2008.

¹² Ablehnend hierzu: Deckers, Die 6. HOAI-Novelle in Vorbereitung:

http://www.wolterskluwer.de/psuite13/resources/attachments/im/true/preview/id/8167/Deckers_HOAI.pdf, Rn. 15. Ebenfalls ablehnend das Referat von Vorwerk. Koeble, BauR 2008, 894, hält die Regelung im Referentenentwurf hingegen für eine „elegante“ Lösung europarechtlicher Probleme. Das ist sie sicher nicht.

¹³ EuGH, Slg. 2004, I-08961 (CaixaBank France).

¹⁴ Hierzu: Deckers, BauR 2007, 1128 ff.

¹⁵ Der allerdings angab, er habe die Aufgabe erhalten, die Gegenauffassung zu vertreten.

¹⁶ Die Beschränkung derselben durch die HOAI bejahte Wessely ebenso, wie er die Rechtfertigung der Beschränkung mit dem Argument der Qualitätssicherung jedenfalls bezweifelte.

auszuschöpfen, um auch zukünftig die Versorgung der Verbraucher/ Dienstleistungsempfänger mit qualitativ hochwertigen Architekten- und Ingenieurleistungen sicherzustellen.“

Sie ist mit „überwältigender“ Mehrheit beschlossen worden. Das ist nicht unproblematisch:

a) Satz 1 ist eine bloße Feststellung und sollte mehr auch nicht sein.¹⁷ Derzeit ist sie auch richtig.¹⁸ Interessanter aber wäre die Klärung der Frage gewesen, was nach Ablauf der Umsetzungsfrist (28.12.2009)¹⁹ für die Dienstleistungsrichtlinie gilt und daher bei der Novellierung der HOAI unbedingt zu berücksichtigen ist. Zu den zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gehört nämlich zweifelsohne der Verbraucherschutz.²⁰ Das ergibt sich eindeutig aus der Dienstleistungsrichtlinie selbst, nämlich Erwägungsgrund 40.²¹ In Art. 16 Abs. 1 lit. b) der Richtlinie²² und Erwägungsgrund 78²³ werden als zulässige Rechtfertigungsgründe jedoch nur aufgeführt (1) die öffentliche Ordnung oder Sicherheit, (2) die öffentliche Gesundheit und (3) der Schutz der Umwelt, demnach nicht mehr sämtliche Gründe, die als zwingende Gründe des Allgemeininteresses angesehen werden, insbesondere eben nicht der Verbraucherschutz. Dass der Verbraucherschutz trotz Art. 16 Abs. 1 lit. b) der Richtlinie 2006/123/EG eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen kann, ist möglicherweise vertretbar.²⁴ Es konnte aber nicht Sache des Arbeitskreises IV des Deutschen Baugerichtstages sein, eine Rechtsmeinung zu einem nicht endgültig geklärten Problem zu äußern, zumal hierzu überhaupt keine Diskussion stattfand.²⁵

b) Satz 2 unterstellt einfach, dass das Preisrecht qualitativ hochwertige Architekten- und Ingenieurleistungen sicherstellt. Diese Unterstellung ist nicht zutreffend, denn qualitativ hochwertige Architekten- und Ingenieurleistungen werden auch andernorts ohne Preisrecht erbracht.²⁶ Jedenfalls ist die Unterstellung nicht bewiesen.²⁷

c) Effektiv dient die HOAI nicht dem Verbraucherschutz, schon gar nicht dadurch, dass man es in die Honorarordnung hineinschreibt. So ermöglicht sie dem Verbraucher keineswegs die Abschätzung, ob das Honorar der Leistung entspricht. Dazu ist sie für den Laien viel zu undurchsichtig.²⁸ Die durch die Honorarordnung bewirkte Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit wäre somit selbst dann nicht gerechtfertigt, wenn man den Verbraucherschutz auch nach dem 28.12.2009 noch für einen geeigneten Rechtfertigungsgrund hält.

d) Es bleibt somit die Feststellung, dass sich der 2. Deutsche Baugerichtstag grundsätzlich dafür ausgesprochen hat, ein verbindliches Honorarrecht beizubehalten und bei der Ausschöpf-

¹⁷ Deswegen richtet sich dagegen auch nicht meine Kritik: um es klarzustellen.

¹⁸ Vgl. etwa: EuGH, AnwBl. 2007, 159 ff. (Cipolla).

¹⁹ Vgl. Art. 44 Abs. 1 S. 1 der Richtlinie 2006/123/EG v. 27.12.2006, AmtsBl. der EU v. 27.12.2006, L 376/67.

²⁰ EuGH, Slg. 1987, S. 1227, Ziff. 30 (Reinheitsgebot für deutsches Bier).

²¹ AmtsBl. der EU v. 27.12.2006, L 376/41.

²² AmtsBl. der EU v. 27.12.2006, L 376/57.

²³ AmtsBl. der EU v. 27.12.2006, L 376/46.

²⁴ So etwa Referat Wessely.

²⁵ Es wäre auch etwas zuviel verlangt gewesen, hätte man die Klärung einer derartig komplizierten Rechtsfrage in einem Plenum verlangt.

²⁶ Diese Aussage ist weder „an den Haaren herbeigezogen“, noch „platt“, wie der Bundesgeschäftsführer der Bundesarchitektenkammer Dr. Prinz in einem Wortbeitrag meinte. Sie ist empirisch feststellbar. Die weitere Aussage von Prinz, es sei zu beachten, dass es um den deutschen Markt ginge und nicht um den englischen oder noch einen anderen, ist nicht zutreffend: es geht um den gemeinsamen europäischen Binnenmarkt, Art. 14 EGV; hierzu etwa: Streinz, Europarecht, 7. Aufl. (2005), Rn. 905 ff.

²⁷ Vgl. Referat Vorwerk.

²⁸ Nicht einmal die Richter verstehen die HOAI, sonst gäbe es keine Honorarsachverständige. Diese wiederum sind juristische Laien, was man den Honorargutachten in aller Regel auch anmerkt.

fung der Möglichkeiten so weit zu gehen wie möglich. Bei der Einschätzung dieser Möglichkeiten scheint man mir zu optimistisch. Die m.E. doch sehr überzeugenden Ausführungen von RA Prof. Dr. Vorwerk sind aus meiner Sicht zu wenig beachtet worden.

2. Empfehlung (Grundlage der Honorarberechnung soll nur eine Kostenermittlung sein / Ablehnung des Baukostenvereinbarungsmodells)

Die zweite Empfehlung lautet:

„Die Abrechnung auf der Grundlage nur einer einzigen Kostenermittlung wird begrüßt, allerdings erscheint die Kostenschätzung ungeeignet. Das im Referentenentwurf vorgesehene Baukostenvereinbarungsmodell wird abgelehnt.“

Dieser Empfehlung wurde mit „überwältigender“ Mehrheit zugestimmt. M.E. ist die Empfehlung nicht in jeder Hinsicht überzeugend:

a) Dem Baukostenvereinbarungsmodell liegt doch die Überlegung zugrunde, dass es widersinnig ist, in einer Honorarordnung, die das Ziel haben soll, die Baukosten insgesamt zu senken, die Architekten und Ingenieure in Bezug auf ihr Honorar dadurch zu begünstigen, dass hohe anrechenbare Kosten zu hohen Honoraren führen. Aus diesem Grunde war es ein nachvollziehbares Ziel des Referentenentwurfes, die Honorare von den tatsächlichen Baukosten *abzukoppeln*. Wenn man das für richtig hält – ein Widerspruch hierzu ist beim Baugerichtstag nicht erfolgt -, so kann nicht nachvollzogen werden, warum sich die gesamte Diskussion vorrangig um die Frage drehte, wie man es bewerkstelligen kann, der Honorarberechnung eine Kostenermittlung zugrunde zu legen, die die tatsächlichen Kosten am genauesten wiedergibt.²⁹ Denn auf diese soll es doch gerade nicht ankommen!

b) Man sollte also den Parteien des Architekten- oder Ingenieurvertrages durchaus die Möglichkeit geben, sehr frühzeitig verbindliche Honorarvereinbarungen zu treffen. Absolut zutreffend ist in diesem Zusammenhang der Hinweis Koebles,³⁰ wonach es nicht verständlich ist, dass Honorarvereinbarungen gemäß § 7 E-HOAI nur über die Einigung über die anrechenbaren Kosten möglich sind. Hierfür gibt es tatsächlich überhaupt keinen nachvollziehbaren Grund.

c) Bedauerlich war es, dass ein sehr bemerkenswerter Diskussionsbeitrag, wonach man darüber nachdenken sollte, die Berechnung der Architekten- und Ingenieurhonorare ganz von den Baukosten abzukoppeln,³¹ nicht weiter beachtet wurde. Möglicherweise herrscht hier eine gewisse Betriebsblindheit.

3. Empfehlung (Beibehaltung von Honorarzoneneinrichtungen)

Die dritte Empfehlung lautet:

„Die Beibehaltung von Honorarzoneneinrichtungen (Objektliste und Punktebewertung) wird als notwendig angesehen.“

²⁹ Gerade die Redebeiträge der Honorarsachverständigen drehten sich hauptsächlich um den Nachweis der Erklärung, dass in dem Stadium, in dem die Kostenschätzung erstellt wird, noch gar nicht abzuschätzen ist, welche Kosten *tatsächlich* entstehen. Na und? Wenn wir es mit der Abkopplung der Honorare von den tatsächlichen Kosten ernst meinen, kommt es hierauf gar nicht an.

³⁰ BauR 2008, 894, 896 f.

³¹ RA Küster, Bonn.

Der Empfehlung wurde mit „überwältigender“ Mehrheit zugestimmt. M.E. zu recht.³²

§ 5 E-HOAI enthält nach wie vor die Anordnung, dass der Schwierigkeitsgrad einer Architekten- oder Ingenieurleistung darüber bestimmt, in welche Honorarzone die Leistung einzuordnen ist. Je höher der Schwierigkeitsgrad, desto höher das Honorar. Offenbar ausschließlich aus Gründen der Straffung des Textes sind im Referentenentwurf die bisherigen Bewertungskriterien (Objektliste, § 12 HOAI; Punktbewertung, § 11 Abs. 2 HOAI) gestrichen worden.³³ Diese haben bisher für ein ordentliches Maß an Rechtssicherheit gesorgt.³⁴ Der 2. Deutsche Baugerichtstag hat also zu recht die Abschaffung der Objektliste und der Punktbewertung kritisiert.

4. Empfehlung (Keine Beschränkung auf die verbindliche Regelung der Leistungsphasen 1 bis 5)

Die vierte Empfehlung lautet:

„Die Beschränkung des Regelungsumfangs auf die Leistungsphasen 1 bis 5 wird abgelehnt. Eine preisrechtliche Bindung für Vergabe und Objektüberwachung wird generell für notwendig erachtet.“

Die Empfehlung wurde mit „überwältigender“ Mehrheit verabschiedet. M.E. zu unrecht.

Es sind verschiedene Begründungen für diese Empfehlung ausgesprochen worden.

a) Zum einen wurde darauf hingewiesen, dass Architektenleistungen im Zusammenhang mit der Vergabe der Bauleistungen und der Bauüberwachung auch künftig benötigt würden. Man könne auf die Regulierung dieser Leistungen daher nicht verzichten.³⁵ Diese Argumentation, die in erster Linie von Architekten und Ingenieuren vorgebracht wurde, verkennt den rein preisrechtlichen Charakter der HOAI. Im Übrigen sind die Leistungsphasen 6 bis 9 auch im Referentenentwurf nach wie vor geregelt, nur eben nicht im verbindlichen Teil, sondern im Anhang.³⁶ In die gleiche Richtung geht der Hinweis von Koeble, wonach das typische Berufsbild des Architekten und Ingenieurs durch die volle Planungs- und Überwachungsleistung geprägt sei und der Referentenentwurf damit Architekten- und Ingenieurleistungen erfasse, die es normalerweise gar nicht gäbe.³⁷ Das trifft nicht zu. Der „Vollauftrag“ ist jedenfalls heute keineswegs mehr typisch. Die Beschränkung auf die Leistungsphasen 1 bis 5 oder sogar nur 1 bis 4 ist absolut üblich etwa beim Einsatz von Generalunternehmern. Zu Unrecht wird einfach unterstellt, dass das zwingende Preisrecht sich auf sämtliche zum Berufsbild gehörenden Tätigkeiten erstrecken müsse.³⁸

³² Jedenfalls solange man das bisherige System der Honorarberechnung beibehalten will.

³³ Allerdings sieht § 33 E-HOAI in Abs. 2 und 3 nach wie vor Bewertungskriterien vor.

³⁴ Ablehnend hierzu: Deckers, Die 6. HOAI-Novelle in Vorbereitung:

http://www.wolterskluwer.de/psuite13/resources/attachments/im/true/preview/id/8167/Deckers_HOAI.pdf, Rn. 23.

³⁵ Ähnlich die Stellungnahmen bezüglich der Streichung von Leistungsbildern.

³⁶ Vgl. Anlage zu Art. 1 Nr. 72, Anhang zur Honorarordnung für Architekten und Ingenieure, Ziff. 2.1 Leistungsbild Objektplanung für Gebäude, Freianlagen und raumbildende Ausbauten, dort: Abs. 1 Leistungsphasen 6 bis 8.

³⁷ Koeble, BauR 2008, 894, 900 f.

³⁸ Ganz abgesehen davon, dass es ja ohnehin fraglich ist, ob wir ein zwingendes Preisrecht überhaupt brauchen oder ob es europarechtlich zulässig ist.

b) Die Behauptung, die HOAI werde in Zukunft insgesamt nicht mehr anwendbar sein, wenn der Architekt oder Ingenieur neben den verbindlich geregelten Leistungen schwerpunktmäßig preisrechtlich gar nicht³⁹ oder nur unverbindlich geregelte⁴⁰ Leistungen erbringt,⁴¹ trifft nicht zu. Die Begründung des Referentenentwurfes zeigt, dass die Honorarordnung in solchen Fällen anwendbar bleiben soll, da nur die bisherigen preisrechtlichen Beschränkungen aufgehoben werden sollten und eine freie Vereinbarung hierüber *neben* den preisrechtlich gebundenen Honorarvereinbarungen bzw. gesetzlichen Berechnungsgrundlagen gerade gewollt ist. Das ist nicht vergleichbar mit den Fällen, in denen ein Auftragnehmer schwerpunktmäßig Bauleistungen erbringt.⁴²

c) Koeble⁴³ hat ausgeführt, durch die Kombination von preisgebundenen und nicht preisgebundenen Leistungen sei es im Ergebnis ohne weiteres möglich die Mindestsätze zu unterschreiten und die Höchstsätze zu überschreiten.⁴⁴ Hieran ist jedenfalls absolut zutreffend, dass der Spielraum bei der Kombination solcher Leistungen so groß ist, dass von der Verbindlichkeit der Regelungen über die Leistungsphasen 1 bis 5 de facto nichts mehr übrig bleibt.

d) Aber: legt das wirklich die Empfehlung nahe, verbindliche Regelungen für die Leistungsphasen 6 bis 8 beizubehalten oder sollte man – gerade angesichts der Art. 43, 49 EGV und der Dienstleistungsrichtlinie – nicht doch noch einmal darüber nachdenken, ob ein verbindliches Preisrecht noch aufrecht erhalten werden kann?⁴⁵

5. Empfehlung (Schaffung eindeutiger Regelungen bei Leistungs-/Bauzeitänderungen)

Die fünfte Empfehlung lautet:

„Der Baugerichtstag hält daran fest, dass eindeutige Regelungen zur Honorierung von Leistungs-/Bauzeitänderungen erforderlich sind. Der derzeitige Entwurf sollte in diesem Punkt ergänzt werden.“

„Überwältigende“ Zustimmung hierfür. Das ist im Hinblick auf Leistungsänderungen wenig nachvollziehbar. Nur bezüglich der Bauzeit kann zugestimmt werden.

a) Durch Bauzeitverlängerungen, die der Architekt oder Ingenieur nicht zu vertreten hat, kann ein derartig hoher Arbeitsaufwand entstehen, dass der Auftrag nicht mehr auskömmlich ist. Eine gesetzliche Regelung, die hier Abhilfe schafft, fehlt. § 4a S. 3 HOAI ist keine Anspruchsgrundlage und gilt ohnehin nur in den Fällen des § 4a S. 1 HOAI.⁴⁶ Eine Regelung wie § 6.2 RBBau⁴⁷ fehlt in den meisten Verträgen. Hieraus ergibt sich auch nur ein Anspruch auf Abschluss einer zusätzlichen Vereinbarung. § 642 BGB erfasst nicht die Fälle der Verlänge-

³⁹ Z.B. bisherige Besondere Leistungen.

⁴⁰ Z.B. Leistungsphasen 6 bis 9.

⁴¹ Koeble, BauR 2008, 894, 900 f. Der Architekt oder Ingenieur werde hierdurch zum Paketanbieter.

⁴² Nur diesen Fall betrifft BGH, BauR 1997, 677 ff.

⁴³ BauR 2008, 894, 900 f.

⁴⁴ Ein ähnliches Problem bezüglich der Höchstsätze kennen wir schon heute bei der Vereinbarung ungewöhnlich hoher Nebenkostenpauschalen; vgl. hierzu: BGH, BauR 2004, 356 f.

⁴⁵ Die Rede ist nur vom *verbindlichen* Preisrecht. Die Abschaffung des Honorarrechts *als solches* fordert niemand.

⁴⁶ BGH, BauR 2005, 118 ff.

⁴⁷ Richtlinie der öffentlichen Auftraggeber zur Vertragsgestaltung mit freiberuflich Tätigen. Allgemein hierzu: Osenbrück, Die RBBau, 4. Aufl. (2004).

zung der Bauzeit ohne Obliegenheitsverletzung. Eine honorarrechtliche Regelung erscheint also tatsächlich angezeigt.⁴⁸

b) Etwas ganz anderes gilt für die so genannten Leistungsänderungen. Insofern ist die 5. Empfehlung klar abzulehnen.

aa) Man hat beinahe den Eindruck, als werde stillschweigend unterstellt, der Auftraggeber im Architekten- oder Ingenieurvertrag habe einen zivilrechtlichen Anspruch gegen den Auftragnehmer auf Änderung der Leistung.⁴⁹ Das ist natürlich nicht richtig. Der Auftraggeber kann – wie in jedem anderen Vertrag auch – nur *die vereinbarte Leistung* verlangen. Das Recht, einseitig den Vertrag zu ändern, besteht nicht (*pacta sunt servanda*). Nun wird es natürlich häufig⁵⁰ vorkommen, dass der Architekt (weniger der Fachingenieur) verschiedene Planungsvarianten und –konzepte bei der gemeinsamen Lösungsfindung entwickelt. Hierbei handelt es sich zivilrechtlich aber nicht um eine Leistungsänderung. Der Architekt schuldet die Varianten von vornherein. Das ergibt sich aus der Natur der Sache (dynamischer Planungsprozess).

bb) Hat sich der Auftraggeber für eine Variante entschieden (§ 315 BGB) oder entspricht die Unterlassung einer solchen Entscheidung nicht mehr billigem Ermessen (§ 315 Abs. 1 BGB), so hat der Auftraggeber keinen Anspruch mehr auf weitere Leistungen. Gleiches gilt, wenn der Architekt durch die bisherigen Leistungen bereits erfüllt hatte. Auch dann besteht zivilrechtlich gar kein Anspruch mehr auf Änderung der bereits vorliegenden Planung, denn dieser ist gemäß § 362 Abs. 1 BGB erloschen.

cc) Wenn in solchen Fällen dennoch weitere Architektenleistungen erbracht werden, so muss man doch zunächst fragen, was die *Anspruchsgrundlage* für eine zusätzliche Honorierung ist. Die vom Baugerichtstag empfohlene Regelung kann das nicht sein, denn die HOAI enthält keine Anspruchsgrundlagen, sondern Regelungen über die Berechnung des Honorars der Höhe nach.⁵¹ Es besteht auch keine Ermächtigung zur Schaffung von Anspruchsgrundlagen.

dd) Erst wenn man eine Anspruchsgrundlage gefunden hat, kommt es auf Fragen der Berechnung des Honorars an. Als Anspruchsgrundlagen in Betracht kommen die §§ 631, 632 BGB, wenn man annimmt, dass die Parteien (konkudent) einen weiteren Architektenvertrag über die geänderte Leistung abgeschlossen haben. Warum dann aber das Honorar anders berechnet werden soll als sonst, ist nicht plausibel.⁵²

ee) Eine Leistungsänderungsregelung in der HOAI wird zu schlimmen Missverständnissen führen. Weniger gut unterrichtete Kreise⁵³ werden annehmen, die neu geschaffene Vorschrift berechtige den Auftraggeber, Leistungsänderungen zu verlangen und verpflichte umgekehrt den Architekten, einem Änderungsverlangen nachzukommen. Die Regelung würde folglich nur Probleme bereiten und nichts verbessern.

6. Empfehlung (Bauen im Bestand)

Die sechste Empfehlung lautet:

⁴⁸ Diese kann natürlich keine *Anspruchsgrundlage* sein, sondern nur regeln, wie das Architektenhonorar im Fall der Bauzeitverlängerung zu berechnen ist.

⁴⁹ Etwa wie in § 1 Nrn. 3 und 4 VOB/B.

⁵⁰ Oder fast immer.

⁵¹ BGH, BauR 2005, 588 ff.

⁵² Tatsächlich habe ich den bösen Verdacht, dass es den Urhebern der Idee einer solchen Regelung in Wahrheit doch um die Schaffung einer Anspruchsgrundlage geht.

⁵³ Z.B. Honorarsachverständige.

„Die spezifischen Leistungen der Architekten/Ingenieure beim Bauen im Bestand finden im Referentenentwurf keine ausreichende Berücksichtigung. Angesichts der Bedeutung dieser Leistungen fordert der Baugerichtstag, deren Honorierung in der Neufassung der HOAI ausdrücklich zu regeln.“

Auch hierfür „überwältigende“ Zustimmung. Kaum verständlich.

a) „Bauen im Bestand“ ist nichts anderes als „Umbauten und Modernisierungen von Gebäuden“, § 24 HOAI, in der jetzigen Fassung. Der Umbauszuschlag gemäß § 24 Abs. 1 HOAI soll mit der 6. HOAI-Novelle nicht abgeschafft werden, sondern er soll frei vereinbart werden können.⁵⁴ Weiterhin soll die vorhandene Bausubstanz bei den anrechenbaren Kosten berücksichtigt werden, § 31 Abs. 1 E-HOAI.⁵⁵ Vorhandene Bausubstanz gibt es nur beim Bauen im Bestand. Auch bezüglich der anrechenbaren Kosten gibt es also schon jetzt eine Regelung. Treten aufgrund der Besonderheiten des Umbaus oder der Modernisierung zu den Grundleistungen andere Leistungen hinzu, so kann hierfür nach dem Referentenentwurf ein Honorar frei vereinbart werden.⁵⁶ Schon jetzt kann das immer dann geschehen, wenn es sich bei den hinzutretenden Leistungen um Besondere Leistungen handelt. In Betracht kommt auch die Einordnung des Bauvorhabens in eine höhere Honorarzone, wenn sich wegen der spezifischen Leistungen beim Umbau und der Modernisierung der Schwierigkeitsgrad der Leistung erhöht. Das heißt: Regelungen sind vorhanden. Man muss sie nur richtig anwenden.

b) Jetzt mag man dem entgegenhalten, dass die vorhandenen Instrumentarien nicht ausreichen. Meinetwegen. Dann muss man aber auch sagen, was man stattdessen will. Angeregt wurde die Schaffung eines neuen *Leistungsbildes* „Bauen im Bestand“. Aus der Formulierung der 6. Empfehlung ergibt sich aber nicht, dass so etwas gemeint ist. Es ist auch nicht erkennbar welche Vorteile die Schaffung eines neuen Leistungsbildes gegenüber den bestehenden Regeln haben soll. Inhaltlich ist hierzu nichts diskutiert worden. Es ist völlig unklar geblieben, welchen Inhalt ein solches neues Leistungsbild haben soll. Daher erschöpft sich die Empfehlung des Baugerichtstages auch in der Forderung nach einer „ausdrücklichen“ Regelung, ohne irgendetwas Genaueres mitzuteilen. Das macht m.E. eine Zustimmung unmöglich.

c) Ebenso wurde die Abschaffung des bisherigen § 10 Abs. 3a HOAI (= § 31 E-HOAI) gefordert, weil die Regelung „unsäglich“ sei. Der 1. Deutsche Baurechtstag 2006 hatte sich entgegen entsprechender Anregung⁵⁷ hiergegen ausgesprochen. Warum soll jetzt etwas anderes gelten? Es ist auch nicht klar, was stattdessen geregelt werden soll. Soll etwa die vorhandene Bausubstanz bei der Ermittlung der anrechenbaren Kosten beim „Bauen im Bestand“ keine Berücksichtigung mehr finden? Das wäre nicht sachgerecht.⁵⁸

7. Empfehlung (Abrechnungsregelungen)

⁵⁴ Begr. des Entwurfs v. 8.2.2008, S. 28 zu Nr. 22 Umbauten und Modernisierungen von Gebäuden.

⁵⁵Die Vorschrift ist allerdings missglückt, vgl. Deckers, Die 6. HOAI-Novelle in Vorbereitung, http://www.wolterskluwer.de/psuite13/resources/attachments/im/true/preview/id/8167/Deckers_HOAI.pdf, Rn. 22.

⁵⁶ Das ist mit der Abschaffung der Besonderen Leistungen bezweckt, Begr. des Entwurfes v. 8.2.2008, S. 11 zu Nr. 3 (§ 2 Leistungen).

⁵⁷ Jochem, Sonderbeilage zu ZfBR 3/2006, S. 18.

⁵⁸ Deckers, Die 6. HOAI-Novelle in Vorbereitung, http://www.wolterskluwer.de/psuite13/resources/attachments/im/true/preview/id/8167/Deckers_HOAI.pdf, Rn. 22.

Der Referentenentwurf vom 8.2.2008 sieht die Streichung des bisherigen § 8 HOAI oder einer entsprechenden Regelung vor. Man muss unterscheiden zwischen einer Regelung bezüglich der Abschlagsforderungen und einer solchen bezüglich der Schlussforderung.

a) Empfehlung 7 a) (Abschlagszahlungen)

Die Empfehlung zu Ziff. 7. a) lautet:

„Die bisherige Regelung des § 8 Abs. 2 HOAI zu Abschlagszahlungen muss beibehalten werden.“

„Überwältigende“ Mehrheit. Zu recht. Bei Streichung der Regelung bestünden für den Architekten oder Ingenieur de facto keine Möglichkeiten mehr zur Abrechnung von Abschlägen, da die Voraussetzungen des § 632a BGB kaum jemals vorliegen werden.⁵⁹

b) Empfehlung 7 b) (Schlusszahlung)

Die Empfehlung zu Ziff. 7 b) lautet:

„Eine eigenständige Regelung über die Fälligkeit der Schlusszahlung ist erforderlich.“

Hierfür gab es „nur“ eine „deutliche“ Mehrheit. Aber auch hier scheint mir die Minderheit im Recht zu sein.

a) Vorab: der 1. Deutsche Baugerichtstag in Hamm/Westf. am 19. und 20.5.2006 hat beschlossen, dass eine prüffähige Abrechnung entgegen § 8 Abs. 1 HOAI nicht mehr Fälligkeitsvoraussetzung für die Honorarforderungen der Architekten und Ingenieure sein soll.⁶⁰ Für diesen Beschluss gab es gute Gründe: Das Kriterium der Prüffähigkeit bringt gar nichts, insbesondere keinen Auftraggeberschutz, schon gar keinen Verbraucherschutz.⁶¹ Aufgrund der Rspr. des BGH⁶²- 2 Monate Prüfungsfrist – ist die praktische Bedeutung des Kriteriums der Prüffähigkeit gering. Wer nach den Erfordernissen, die der BGH aufgestellt hat, substantiiert Prüffähigkeitsdefizite rügen kann, bedarf des (vermeintlichen) Schutzes kaum. Die Entscheidung des Baugerichtstages von 2006 war also richtig.⁶³

b) Zweite Vorbemerkung: der aktuelle § 8 Abs. 1 HOAI regelt die Fälligkeit des Architektenhonorars *nicht anstelle* § 641 BGB, sondern er stellt mit dem Erfordernis der prüffähigen Abrechnung ein zusätzliches Kriterium für die Fälligkeit auf.

c) Die Empfehlung zu Ziff. 7 b) geht von der irrigen Annahme aus, die Streichung des § 8 Abs. 1 HOAI bewirke erstmals, dass die *Abnahme* des Architektenwerks Fälligkeitsvoraussetzung für das Architektenhonorar wird. Hiervor wollte man die Architekten bewahren. Tatsächlich gibt es Entscheidungen des BGH, die die Abnahmefähigkeit des Architektenwerks

⁵⁹ Deckers, Die 6. HOAI-Novelle in Vorbereitung, http://www.wolterskluwer.de/psuite13/resources/attachments/im/true/preview/id/8167/Deckers_HOAI.pdf, Rn. 19.

⁶⁰ Vgl. die entsprechenden Thesen: Saerbeck, Sonderbeilage zu ZfBR 3/2006, S. 17; Werner, ebd. S. 18.

⁶¹ Für den Verbraucher ist eine (objektiv) prüffähige Rechnung ebenso wenig nachvollziehbar wie eine nicht prüffähige Rechnung.

⁶² BauR 2004, 316 ff.

⁶³ Es ist deswegen bedauerlich, wenn es diesmal hieß, man wolle den damaligen Beschluss nur deshalb nicht abändern, weil ansonsten die Glaubwürdigkeit des Baugerichtstages in Mitleidenschaft gezogen werden könne.

bejahen⁶⁴ und deshalb wohl davon ausgehen, dass die Abnahme schon jetzt Fälligkeitsvoraussetzung ist. Nach anderen Entscheidungen des BGH ist die Abnahme zwar nicht erforderlich.⁶⁵ Das Architektenwerk muss aber *abnahmefähig* sein.⁶⁶ Ist das Architektenwerk aber abnahmefähig, so liegen die Voraussetzungen des § 640 Abs. 1 S. 3 BGB stets vor. Es kann also gar nicht geschehen, dass der Architekt im Honorarprozess nur deshalb unterliegt, weil die *Abnahmeerklärung* des Auftraggebers fehlt. Das jedenfalls dann nicht, wenn der Architekt richtig beraten ist und dem Auftraggeber eine Frist nach § 640 Abs. 1 S. 3 BGB setzt.

d) Im Übrigen werden nicht Zahlungen fällig, sondern Forderungen.⁶⁷

e) Eine eigenständige Regelung über die Fälligkeit der Schlussforderung ist damit keineswegs erforderlich.

IV. Fazit

Nicht sämtliche Beschlüsse des 2. Deutschen Baugerichtstages sind nach Vorstehendem aus meiner Sicht befriedigend. Das ändert aber nichts daran, dass die Veranstaltung selbst hervorragend ist. Nirgendwo sonst besteht die Möglichkeit zu einer derartig intensiven und kontroversen Diskussion über wichtige aktuelle Themen des privaten Baurechts. Die Veranstaltung ist daher auch für denjenigen ein Gewinn, der mit den Ergebnissen nicht (ganz) einverstanden ist. Hierzu hat nicht zuletzt die ganz ausgezeichnete Moderation des Arbeitskreises durch RA Oppler aus München beigetragen.

⁶⁴ So befasst sich BGH, BauR 2006, 396 f. mit der Frage, wann das Architektenwerk konkludent abgenommen ist. BGH, BauR 1994, 392 ff. sagt, dass die Gewährleistungsfrist mit der Abnahme des Architektenwerks beginnt.

⁶⁵ Z.B. BGH, BauR 1986, 586 ff.

⁶⁶ In der Sprache der HOAI: Die Architektenleistung muss *vertragsgemäß erbracht* sein, § 8 Abs. 1 HOAI, BGH, BauR 1986, 586 ff.

⁶⁷ Vgl. Peters, NZBau 2000, 169.