

■ *Dipl.-Ing. Ulrich Welter, ingside, Berlin*

Update HOAI

Die wichtigsten Regelungen im Porträt – Teil 1 der neuen Serie „HOAI 2009“

Seit dem 18. August 2009 ist die neue Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) in Kraft. Sie bringt viele grundlegenden Neuerungen mit sich und hat auf die praktische Anwendung erhebliche Auswirkungen. In einer neuen Serie stellen wir die Vorschriften der neuen HOAI in dieser und den nächsten Ausgaben des VergabeNavigators vor und berichten über erste Erfahrungen in der Praxis. Teil 1 der Serie befasst sich mit Anwendungsbereich, Begriffsbestimmungen, Leistung und Leistungsbildern, anrechenbaren Kosten sowie Grundlagen des Honorars. Teil 2 mit Betrachtung der §§ 7 ff. HOAI folgt in der nächsten Ausgabe.

Der Wille des Ordnungsgebers, die Ingenieurbüros und ihre Auftraggeber dazu zu bewegen, sich verstärkt um die vertraglichen Vereinbarungen zu kümmern, zeigt in der Praxis schon wenige Wochen nach Inkrafttreten Wirkung. Für die Beteiligten kommt es in dieser Phase des Umbruchs darauf an, ausgewogene Lösungen zu finden, die die berechtigten Interessen beider Seiten in den nächsten Jahren berücksichtigen. Eine Herausforderung für alle Beteiligten – auch deswegen, weil es zu den teilweise ganz neuen Vorschriften bislang weder Kommentare noch Rechtsprechung gibt.

Die wichtigsten Änderungen in der neuen HOAI 2009 finden sich im Teil 1 – Allgemeine Vorschriften. Hier sind alle Vorschriften sozusagen vor die Klammer gezogen, die für die Flächenplanungen, die Objektplanungen und die Fachplanungen (Teile 2, 3 und 4) gelten. Mit Ausnahme der Bestimmungen bei Planen und Bauen im Bestand (§§ 35 und 36) ist dies durchaus gut gelungen. Für die Praxis kommt es daher entscheidend darauf an, den Teil 1 – Allgemeine Vorschriften – zu beherrschen. Nachfolgend werden die einzelnen Paragraphen vorgestellt und beleuchtet. Der Autor muss dabei stets die Grenzen zulässiger Rechtsberatung im Auge behalten. Die Hinweise und Anmerkungen zu den einzelnen Vorschriften erfolgen daher insbesondere aus der Sicht des honorarrechtlichen Umgangs mit der neuen HOAI.

§ 1 Anwendungsbereich

Zunächst sei festgehalten, dass die preisrechtlichen Vorschriften der HOAI nach wie vor für jedermann gelten, sofern

Leistungen betroffen sind, die von der HOAI erfasst sind. Neu ist der Bezug auf die Leistungserbringung im Inland. Hier gilt, dass die HOAI nur für diejenigen Leistungen von Architekten/Ingenieuren anzuwenden ist, die einen Sitz im Inland haben und nur soweit die Leistungen vom Inland aus erbracht werden. Rechtsanwalt Dr. Johann Peter Hebel schreibt hierzu (in: „Honorarordnung für Architekten und Ingenieure - HOAI“, Textausgabe mit Einführung und Anmerkungen zu wichtigen Neuerungen, Bundesanzeiger Verlag 2009, S. 151):

„Hat eine Auftragnehmerin oder ein Auftraggeber sowohl einen Sitz im Inland wie auch im Ausland, kommt es darauf an, von wo aus die jeweilige Leistung erbracht wird. Nur wenn und soweit Leistungen von dem Sitz im Inland erbracht werden, findet die HOAI Anwendung. In den Fällen, in denen es schwierig ist zu bestimmen, von welchem der verschiedenen Niederlassungsorte aus eine bestimmte Dienstleistung erbracht wird, sollte nach dem Erwägungsgrund 37 der Dienstleistungsrichtlinie der Ort als Niederlassungsort angesehen werden, an dem der Dienstleistungserbringer das Zentrum seiner Tätigkeiten in Bezug auf diese konkrete Dienstleistung hat.“

In der Praxis dürfte diese Neuerung außer in grenznahen Gebieten kaum eine Rolle spielen.

§ 2 Begriffsbestimmungen

Es handelt sich weitgehend um die Definitionen des „alten“ Paragraphen 3.

Wichtige Änderungen sind jedoch enthalten in:

- **Nr. 6 Umbau** Hier fehlt die bisherige Einschränkung „...mit (wesentlichen) Eingriffen...“. „Einfache“ Eingriffe in Konstruktion oder Bestand sind nun ausreichend. Daraus folgt, dass der Ordnungsgeber die Anwendung der Regelungen bei Umbauten (Umbauzuschlag – § 35) gegenüber der alten Regelung deutlich vereinfachen wollte. Begründet ist dies in der Tatsache, dass die Regelungen zum alten § 10 Abs. 3a HOAI – Berücksichtigung vorhandener Bausubstanz, entfallen ist. Nach der amtlichen Begründung der HOAI ist die Vereinfachung, dass es nicht mehr auf einen wesentlichen Eingriff in Konstruktion oder Bestand ankommt, ausdrücklich gewollt. Zu diesem Punkt wird in einem der nächsten Teile (zu § 35) ausführlich Stellung genommen. Festzuhalten ist, dass durch die Vereinfachung der Anspruchsvoraussetzung nahezu alle Planungen mit dem Umbauzuschlag zu beaufschlagen sein werden. Selbst wenn es sich nicht vollständig um einen Umbau handelt, wird die Planung an irgendeiner Stelle in den Bestand oder eine bestehende Konstruktion eingreifen. Diese neue Vorschrift spiegelt damit zu Recht die Praxis wider, die seit geraumer Zeit von Planen und Bauen im Bestand und nicht mehr von Neubauten geprägt ist.
- **Nr. 12 „Fachlich allgemein anerkannte Regeln der Technik“** Diese Definition ist völlig neu und spielt bei der Berechnung der anrechenbaren Kosten eine Rolle. An dieser Stelle ist zunächst festzuhalten, dass eine schriftlich fixierte technische Festlegung für Verfahren zur Berechnung von anrechenbaren Kosten (nach HOAI) gar nicht bekannt ist. Sollte der Ordnungsgeber damit die DIN 276 gemeint haben, so hätte er dies besser deutlich ausgedrückt. Die DIN bestimmt allerdings die Methode zur Berechnung der Baukosten und nicht eine Methode zur Berechnung der anrechenbaren Kosten nach HOAI. Dennoch spricht einiges dafür, dass die DIN 276 gemeint ist. Insbesondere der letzte Halbsatz, dass nämlich sogar diejenigen Regeln, deren Einführung in überschaubarer Zeit bevorstehen, davon erfasst sind, deutet auf die neue DIN 276 Teil 4 – Kosten im Bauwesen – Ingenieurbau hin. Diese neue DIN wird für die Ermittlung der anrechenbaren Kosten für Objektplanungen und ins-

besondere für Honorarvereinbarungen für die Planung der Anlagen der Verfahrens- und Prozesstechnik noch eine Rolle spielen und daher in einem der nächsten Teile gründlich beleuchtet werden.

Neben diesen Neuerungen ist noch einmal auf die Nummern 13 und 14 hinzuweisen. Die Begriffe „Kostenschätzung“ und „Kostenberechnung“ finden sich nur in den Leistungsphasen 2 – Vorplanung beziehungsweise 3 – Entwurfsplanung wieder und sind hier in § 2 definiert. Es ist daher so, dass die Kostenschätzung eine Grundleistung der Leistungsphase 2 ist und erst in dieser Leistungsphase erarbeitet werden kann. Bei Kostenermittlungen zur Vereinbarung von Honoraren in Ingenieurverträgen handelt es sich nicht um Kostenschätzungen, sondern lediglich um vorläufige Kostenannahmen, die für die Abrechnung des Honorars keinerlei Bindungswirkung haben.

§ 3 Leistungen und Leistungsbilder

In § 3 Abs. 1 ist bestimmt, dass die so genannten Beratungsleistungen nicht im verbindlichen Teil der HOAI geregelt, sondern in der unverbindlichen Anlage 1 enthalten sind. Es handelt sich um die Leistungen bei Umweltverträglichkeitsstudien, Thermische Bauphysik, Schallschutz und Raumakustik, Bodenmechanik, Erd- und Grundbau und die Vermessung. Die Honorare für diese Leistungen müssen für Verträge nach dem 18. August 2009 frei vereinbart werden.

In Absatz 2 ist nun lediglich von „Leistungen“ die Rede, im Gegensatz zum alten § 2 Abs. 2, wo der Begriff „Grundleistungen“ definiert war. Der Verordnungsgeber hat die beiden Begriffe lediglich ausgetauscht, „Grundleistung“ wurde durch „Leistung“ ersetzt.

Eine wichtige Änderung bringt der neue Absatz 3. Hier ist zunächst geregelt, dass die Besonderen Leistungen in der unverbindlichen Anlage 2 als nicht abschließende Aufzählung aufgeführt sind. Wichtiger noch ist die Tatsache, dass entgegen der bisherigen Regelung eine Vereinbarung über Honorare für Besondere Leistungen nicht mehr schriftlich getroffen werden muss.

War die Schriftform in der alten HOAI noch Anspruchsgrundlage, so ist dies nun anders. Selbstverständlich bleibt es dabei, dass es eine Vereinbarung geben muss. Diese muss aber eben nicht mehr schriftlich getroffen werden. Ein einseitiges kaufmännisches Bestätigungsschreiben des Architek-

ten/Ingenieurs mit der Wiedergabe eines Verhandlungsergebnisses reicht aus. Diese Erleichterung ist in der Praxis insbesondere bei öffentlichen Auftraggebern von Bedeutung. Hier hatten Architekten/Ingenieure kaum eine Möglichkeit, eine schriftliche Honorarvereinbarung für Besondere Leistungen während der Vertragslaufzeit zu erhalten. Auftraggeber und Auftragnehmer tun aber gut daran, sich zeitnah über die Notwendigkeit Besonderer Leistungen zu unterhalten und eine Vereinbarung zu treffen.

Im Absatz 8 ist eine gänzlich neue Vorschrift hinzugekommen. Hiernach muss nun das Ergebnis jeder Leistungsphase mit dem Auftraggeber erörtert werden. In diesem Satz zählt fast jedes Wort. Zum einen handelt es sich um eine Muss-Vorschrift. Zum anderen handelt es sich um eine Erörterung, in der es nicht mehr zu Abstimmungen kommen muss und die auch nicht schriftlich zu erfolgen hat. Vielmehr wollte der Verordnungsgeber offenbar erreichen, dass sich die Vertragspartner über die Planungsergebnisse austauschen. Dies geht auch aus der amtlichen Begründung hervor. Hier ist ausdrücklich ausgeführt, dass es sich bei der Erörterung nicht um eine Teilabnahme handelt. Dies ist der vertraglichen Regelung vorbehalten. Dennoch bietet diese neue Vorschrift die wichtige Verbesserung, dass die Vertragsparteien nach der Erörterung des Ergebnisses einer Leistungsphase eine verlässliche Grundlage für die weiteren Planungsphasen haben. Offen ist, ob es bei Nichterbringung dieser Leistung zu Honorarabzügen kommen kann. Zwar handelt es sich um eine Leistung, die für alle Planungsleistungen gilt, weil sie im Allgemeinen Teil enthalten ist. Und nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 24. Juni 2004 (VII ZR 259/02) schuldet der Architekt/Ingenieur diese Leistung ggf. als Teilerfolg und muss bei Nichterbringung mit Honorarabzug rechnen. Andererseits ist diese Leistung nicht mit einer Honorierungsvorschrift versehen, sie ist nicht bewertet. Zudem taucht sie im Honorarsystem der HOAI, nämlich in den Leistungsphasen, nicht mehr auf. Wir müssen also auf gerichtliche Entscheidungen warten, ob ein Honorarabzug bei Nichterfüllung gerechtfertigt ist. Unabhängig davon sollte es selbstverständlich sein, dass sich die Vertragspartner über die Planungsergebnisse austauschen und diese erörtern.

§ 4 Anrechenbare Kosten

In § 4 Absatz 1 ist nun für alle Planungsleistungen bestimmt, dass anrechenbare

Kosten nur noch Teil der Herstellungskosten sind. Dies ist zumindest für Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen neu. Hier waren bislang die Herstellungskosten des Objekts die Anrechenbaren Kosten. Bei näherer Betrachtung ist allerdings lediglich die Richtung der Ermittlung der Anrechenbaren Kosten neu. Waren es bislang die Herstellungskosten abzüglich der nicht anrechenbaren Kosten, so ist es jetzt ein Teil der Herstellungskosten zuzüglich weiterer anrechenbarer Kosten. Am Ergebnis ändert sich nichts. Neu ist, dass der Verordnungsgeber den statischen Verweis auf die DIN 276-1, Ausgabe Dezember 2008, gemacht hat. Damit wird endlich klargestellt, welche Ausgabe der DIN 276 heranzuziehen ist.

§ 6 Grundlagen des Honorars

Hier zeigt sich zunächst in Abs. 1 Nr. 5, dass der Verordnungsgeber das Planen und Bauen im Bestand sehr ernst nimmt. Er hat nämlich die Bestimmungen bei Leistungen im Bestand (§§ 35 und 36) als wesentlichen Honorarparameter mit aufgenommen.

Grundlegende Bedeutung kommt der Änderung der bisherigen Regelungen in Abs. 1 Nr. 1 zu, wonach das Honorar nun für alle Leistungsphasen nach der Kostenberechnung ermittelt werden muss. Mit dieser Neuerung hat die Bundesregierung die Forderung des Bundesrates, die Honorare von den tatsächlichen Baukosten abzukoppeln, umgesetzt. Man mag diese Regelung bedauern oder nicht, je nach Wirtschaftszyklus wird sie die eine oder andere Vertragspartei bevorzugen beziehungsweise benachteiligen. Wichtiger ist, dass diese Regelung auch dann gilt, wenn der zu beauftragende Architekt/Ingenieur die Kostenberechnung gar nicht erbringt und ein anderes Büro sie schon vor einiger Zeit erbracht hat.

In diesem Fall wird der Architekt/Ingenieur an eine Ausarbeitung gebunden, die er gar nicht kennt und die ggf. schon sehr alt sein kann. An dieser Stelle kommt es wie kaum an einer anderen künftig auf ein faires und transparentes Miteinander von Auftraggeber und Auftragnehmer an, und zwar in der Angebotsphase. Das Büro muss aus nachvollziehbaren Gründen eine von einem Dritten oder dem Auftraggeber selbst erarbeitete Kostenberechnung auf Vollständigkeit und Richtigkeit prüfen, bevor es ein Angebot für eine Planungsleistung abgeben kann. Der Auftraggeber tut gut daran, dem Büro diese Informationen zu geben. Die

Unterlage muss dann eventuell ergänzt oder an den aktuellen Kostenindex angepasst werden.

Kommt es dazu, dass zum Beispiel aus vergabe- beziehungsweise finanzierungstaktischen Überlegungen die Kostenberechnung in die eine oder andere Richtung verändert wird, so hat dies unmittelbare Auswirkungen auf das Honorar. Hier verbirgt sich eine besondere Gefahr für das gedeihliche Miteinander. Insgesamt ist es so, dass die tatsächlichen Baukosten für die Honorarfindung keine Rolle mehr spielen. Es bleibt nach wie vor zweifelhaft, ob diese Regelung tatsächlich Vorteile gegenüber der bisherigen Vorschrift bietet.

Die Ausnahmeregelung im Abs. 1, nämlich dass das Honorar nach der Kostenschätzung abgerechnet wird, gilt dann, wenn der Architekt/Ingenieur nur mit den Leistungsphasen 1 und 2 beauftragt wird.

Neben dem Baukostenberechnungsmodell hat der Ordnungsgeber als weitere Möglichkeit eine Baukostenvereinbarung im Abs. 2 aufgeführt. Hieran sind allerdings verschiedene Bedingungen geknüpft. Zum einen dürfen weder eine Vor- noch eine Entwurfsplanung vorliegen und zum anderen sind nachprüfbar Baukosten einvernehmlich festzulegen.

Insbesondere diese zweite Bedingung wird in der Praxis zu Schwierigkeiten führen. Der Ordnungsgeber hat durchaus die Gefahr erkannt, dass es zu unrealistischen Baukostenvereinbarungen und damit zu niedrigen Honoraren kommen kann. Er hat dies ausdrücklich in der amtlichen Begründung ausgeführt. Um diese Gefahr zu bannen, sollen nachvollziehbare Baukosten einvernehmlich festgelegt werden. Nachvollziehbar heißt, es muss in geeigneter Form dokumentiert werden. Nachvollziehbar heißt auch, dass dies nach dem Willen des Ordnungsgebers auf der Grundlage von vergleichbaren Referenzobjekten oder auf der Grundlage einer Bedarfsplanung nach DIN 18205 erfolgen soll. Im Hochbau wird eine Ermittlung anhand von Referenzprojekten möglich sein. Dies ist bei Ingenieurbauwerken und Verkehrsanlagen gänzlich anders. Hier bleibt nur die Methode der Bedarfsplanung nach DIN 18205. Abgesehen davon, dass dies für den Auftraggeber auch andere Vorteile bietet, ergeben sich durch eine Bedarfsplanung verlässliche Vertragsgrundlagen. Die Ermittlung der Baukosten kann dann so sicher durchgeführt werden, dass eine Baukostenvereinbarung nach § 6 Abs. 2 HOAI möglich wird. Dies hat auch der

Bundesminister für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung erkannt. Er schreibt in seinem Einführungserlass vom 18. August 2009 zur neuen HOAI auf Seite 7:

„Absatz 2 sieht optional zum Kostenberechnungsmodell die Möglichkeit der Baukostenvereinbarung vor. Hierfür müssen folgende Voraussetzungen gegeben sein:

- *Zum Zeitpunkt der Beauftragung liegen noch keine Planungen als Voraussetzung für eine Kostenschätzung oder Kostenberechnung vor.*
- *Beide Vertragspartner verfügen über den gleichen Informationsstand und das gleiche Fachwissen.*
- *Der Baukostenvereinbarung liegen nachprüfbar Baukosten zum Beispiel anhand vergleichbarer Referenzobjekte oder einer vollständigen*

Bedarfsplanung (z. B. auf Basis der DIN 18205) vor.“

Zu diesem Thema lohnt die Lektüre der amtlichen Begründung zur HOAI. Der Ordnungsgeber hat hier klar zum Ausdruck gebracht, woran eine solche Baukostenvereinbarung zu knüpfen ist. Keinesfalls geeignet ist diese Methode für eine Reduzierung der Honorare im Angebotsverfahren. Die Nachprüfbarkeit der Baukostenermittlung setzt hier enge Grenzen.

Dennoch ist davon auszugehen, dass die Baukostenvereinbarung am Markt missbräuchlich genutzt werden wird. Es obliegt daher der besonderen Verantwortung von Auftraggebern und Auftragnehmern, Honorarvereinbarungen zu treffen, die die berechtigten Interessen beider Seiten angemessen berücksichtigen.

■ *Rechtsanwalt Dr. Thomas Kirch, Leinemann & Partner, Berlin*

Auf den zweiten Blick

OLG Düsseldorf: Auftraggeber kann fehlerhafte Wertung selbst korrigieren

Eine fehlerhafte Bewertung von Referenzen eines Bieters kann die Vergabestelle noch im Nachprüfungsverfahren korrigieren. Eine zunächst rechtswidrige Eignungsprüfung kann also später geheilt werden. Das hat das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf mit Beschluss vom 26. November 2008 (Verg 54/08) klargestellt. Das Gericht betont zugleich, dass die Eignung eines Bieters in zwei Schritten geprüft werden muss. Nur beim zweiten Schritt, der inhaltlichen Bewertung der vorgelegten Nachweise, steht der Vergabestelle ein Beurteilungsspielraum zu.

Der Sachverhalt

Die Auftraggeberin schrieb im offenen Verfahren Sohlstabilisierungsarbeiten auf dem Rhein aus. Die zu erbringenden Arbeiten waren in der europaweiten Bekanntmachung mit den Worten Sohlstabilisierung, Grobkornanreicherung und Nassbaggerung mit entsprechenden Mengenangaben beschrieben. Zum Nachweis der Leistungsfähigkeit hatten die am Auftrag interessierten Unternehmen Nachweise gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 lit. a) bis d) VOB/A beizubringen. Es waren nur Hydroklappschuten, Hydroklappschiffe oder entsprechende Steinstürzer für den Einbau zugelassen.

Dem preisgünstigsten Angebot der für den Zuschlag vorgesehenen Bieterin wa-

ren sechs Referenzen für Nassbaggerungsarbeiten beigelegt. Im Vergabevermerk notierte die Auftraggeberin für diese Bieterin „keine Sohlstabilisierung/Grobkornanreicherung am frei fließenden Fluss“ und wandte sich mit der Bitte um Erläuterung der Referenzen an dieses später zum Nachprüfungsverfahren beigelegte Unternehmen. Nach entsprechenden Erkundigungen bewertete die Auftraggeberin die beigelegte als geeignet. Gegen die vorgesehene Zuschlagserteilung wandte sich die Antragstellerin erfolgreich mit einem ersten Nachprüfungsverfahren. Die Vergabekammer ordnete die Wiederholung der 2. Wertungsstufe (Bieterprüfung) an.

Nach erneuter Prüfung bejahte die Auftraggeberin wiederum die Eignung der