

Honorar-Deckel mit Löchern

Die Baukostenvereinbarung nach der HOAI und die aktuelle Rechtsprechung



Dipl.-Ing. Ulrich Welter, *inside*, Bismarck

Mit der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) 2009 hat der Verordnungsgeber neben dem regelmäßig anzuwendenden Baukostenberechnungsmodell als Sonderfall das so genannte Baukostenvereinbarungsmodell eingeführt. Hierzu liegen aktuelle Entscheidungen der Oberlandesgerichte (OLG) Koblenz und Düsseldorf vor. Die Entscheidungen sind sehr unterschiedlich und geeignet, in der Praxis Verwirrung zu stiften. Eine Einschätzung.

Mit der HOAI 2009 hat der Verordnungsgeber dem Auftrag des Bundesrates, das Honorar von den tatsächlichen Baukosten abzukoppeln, dadurch entsprochen, als dass gem. § 6 Abs. 1 HOAI alle Leistungsphasen nach den anrechenbaren Kosten auf der Grundlage der „Kostenberechnung“ abzurechnen sind. Als Alternative zu diesem Baukostenberechnungsmodell wurde in § 6 Abs. 2 das so genannte Baukostenvereinbarungsmodell eingeführt. Danach wird das Honorar nach anrechenbaren Kosten auf der Grundlage nachprüfbarer und einvernehmlich festgelegter Baukosten abgerechnet. Konkret heißt es in § 6 Abs. 2 HOAI (2009):

„(2) Wenn zum Zeitpunkt der Beauftragung noch keine Planungen als Voraussetzung für eine Kostenschätzung oder Kostenberechnung vorliegen, können die Vertragsparteien abweichend von Absatz 1 schriftlich vereinbaren, dass das Honorar auf der Grundlage der anrechenbaren Kosten einer Baukostenvereinbarung nach den Vorschriften dieser Verordnung berechnet wird. Dabei werden nachprüfbare Baukosten einvernehmlich festgelegt.“

Diese Vorschrift ist ohne Veränderung in die seit dem 17.07.2013 geltende neue Fassung der HOAI (2013) übernommen worden und dort in § 6 Abs. 3 zu finden.

Bevor wir uns mit der o.a. Rechtsprechung zum Baukostenvereinbarungsmodell befassen, müssen wir zunächst die Vorschrift selbst im Detail anschauen. Darin sind einige Kriterien genannt, die

für eine wirksame Vereinbarung erfüllt sein müssen. Diese sind:

- zum Zeitpunkt der Beauftragung keine Planung als Voraussetzung für Kostenschätzung oder Kostenberechnung
- schriftlich vereinbaren
- Grundlage anrechenbare Kosten
- nachprüfbare Baukosten
- einvernehmlich festgelegt

Hinter diesen Kriterien verbergen sich harte Bedingungen.

Keine Planung zum Zeitpunkt der Beauftragung

Gem. § 2 Nr. 13 HOAI 2009 bzw. § 2 Nr. 10 HOAI 2013 ist eine Kostenschätzung Ergebnis der Vorplanung (Leistungsphase 2). Für eine wirksame Vereinbarung nach dem Baukostenvereinbarungsmodell kommt es nicht darauf an, dass eine Kostenschätzung nicht vorliegt sondern vielmehr darauf, dass eben noch keine Vorplanung vorliegt. Das Gleiche gilt für die Kostenberechnung bzw. die Entwurfsplanung (vgl. § 2 Nr. 14 HOAI 2009 bzw. § 2 Nr. 11 HOAI 2013). Diese Bestimmung ist für die Praxis sehr bedeutsam.

Eine Vereinbarung nach dem Baukostenvereinbarungsmodell für z.B. Planungsleistungen ab der Leistungsphase 3 – Entwurfsplanung ist sicher unwirksam, weil zu diesem Zeitpunkt bereits eine Vorplanung vorliegen muss, da die Leistungsphasen aufeinander aufbauen. Liegt

aber eine Vorplanung vor, dann liegen auch die Voraussetzungen für eine Kostenschätzung vor und die Bedingungen für das Baukostenvereinbarungsmodell können nicht mehr erfüllt werden.

Soll ein Planer erst ab der Leistungsphase 5 beauftragt werden, was häufig der Fall ist, liegt sowohl eine Planung als Voraussetzung für eine Kostenschätzung als auch eine Planung als Voraussetzung für eine Kostenberechnung vor.

Was aber geschieht bei einem Stufenvertrag, in dem der Planer zunächst nur mit den Leistungsphasen 1–4 beauftragt wird und der Auftraggeber sich die Option einer späteren Beauftragung mit den Leistungsphasen 5–9 einräumen lässt? Dann kommt mit der späteren Beauftragung der Leistungsphasen 5–9 ein neuer Auftrag zustande, zu dessen Zeitpunkt dann bereits eine Vor- und eine Entwurfsplanung vorliegen und die Bedingungen des § 6 Abs. 2 HOAI deshalb nicht mehr erfüllt sind. Dies führt nach herrschender Meinung z.B. dazu, dass bei Abruf der Option die dann gültige HOAI anzuwenden ist, eben weil dann ein neuer Vertrag zustande kommt.

Das OLG Düsseldorf hat im Beschluss vom 12.06.2013 (VII-Verg 7/13) ausgeführt, dass in einem solchen Fall „die honorarrechtlichen Abreden vergaberechtlich so anzusehen sind, dass sie alle Leistungsphasen des Leistungsbildes betreffen.“ D.h., dass die in diesem konkreten Fall beabsichtigte Honorarvereinbarung nach dem Baukostenvereinbarungsmodell für die Vergabe der Leistungen, auch für die optionalen Leistungsphasen, für eben alle Leistungsphasen gilt. Damit ist nicht entschieden, ob diese Vereinbarung für die spätere tatsächliche Honorarberechnung wirksam vereinbart wurde.

Schriftlich vereinbaren

Die Honorarberechnung nach dem Baukostenvereinbarungsmodell ist schriftlich zu vereinbaren. Damit ist die gesetzliche Schriftform gem. § 126 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) gemeint. Ein Auftragschreiben und eine Auftragsbestätigung reichen hier nicht aus. Es müssen beide Unterschriften auf derselben Urkunde (Vertrag) erfolgen.

Grundlage anrechenbare Kosten

Häufig wird die Auffassung vertreten, dass bei einer Baukostenvereinbarung gem. § 6 Abs. 2 HOAI die Parteien die Baukosten schätzen und diese Größe dann die anrechenbaren Kosten für die Honorarberechnung darstellt. Dem ist nicht so.

Aus § 6 Abs. 2 HOAI ergibt sich zweifelsfrei, dass die gemeinsam ermittelten Baukosten die Grundlage für die Ermittlung der anrechenbaren Kosten darstellen. Die anrechenbaren Kosten werden also, wie sonst auch, nach den einzelnen Vorschriften der HOAI ermittelt. Sie setzen sich zusammen aus

- den stets/voll anrechenbaren Kosten (z.B. § 41 Abs. 1 HOAI für Ingenieurbauwerke)
- den teilweise anrechenbaren Kosten (z.B. gem. § 41 Abs. 2 HOAI)
- den bedingt anrechenbaren Kosten (z.B. gem. § 41 Abs. 3 HOAI) und
- den ortsüblichen Preisen in Fällen des § 4 Abs. 2 HOAI

Da der Begriff der „Baukosten“ aber nicht definiert ist, wird es in der Praxis möglich sein, tatsächlich die anrechenbaren Kosten zu vereinbaren.

Nachprüfbar Baukosten

Nach der amtlichen Begründung zu § 6 HOAI (2009) sollen die Baukosten z.B. anhand von Referenzprojekten bzw. auf der Grundlage einer Bedarfsplanung (DIN 18205) ermittelt werden. Sie sollen nachprüfbar sein, damit keine „unrealistischen und hieraus resultierenden Honorare fixiert werden.“ Referenzprojekte sind für den Hochbau eine gute Methode, sie sind jedoch im Tiefbau und im Ingenieurbau nicht möglich bzw. wegen der Einzigartigkeit der Bauwerke ungeeignet. Dagegen stellt die Bedarfsplanung eine gute Methode für alle Bauvorhaben dar.

Einvernehmlich festgelegt

Der Ordnungsgeber hat in der amtlichen Begründung zu § 6 Abs. 2 HOAI ausgeführt, dass der Abschluss einer Baukostenvereinbarung voraussetzt, dass beide Vertragspartner über den gleichen Informationsstand und das gleiche Fachwissen verfügen müssen. Sie sollen auf Augenhöhe verhandeln. Das OLG Düsseldorf hat in dem o.a. Beschluss ausgeführt:

„Eine Kostenschätzung oder -berechnung lag noch nicht vor. Die Beschwerde bemängelt aber zu Unrecht, nachprüfbar Baukosten seien nicht bekannt gewesen. Die Ausschreibung richtete sich an speziell auf dem Gebiet der Schwimmbadplanung erfahrene Architekturbüros und Generalplaner. Dem Senat ist aus anderen vergleichbaren Rechtsstreitigkeiten bekannt, dass solche Büros genau wissen, welche Baukosten je nach Ausstattung bei der Errichtung eines Schwimmbades entstehen. Auch die Planer von Krankenhäusern wissen, wie viel

ein Krankenhausbett im Einzelnen kostet. Im Streitfall soll nach den Vergabeunterlagen – um mit den Worten der Antragstellerin zu sprechen – ein „ALDI-Bad“ errichtet werden. Die dafür aufzuwendenden Baukosten sind einschlägigen Bietern bekannt und für den Bewerberkreis, an den sich die Ausschreibung wendete, nachvollziehbar und prüfbar.“

Im Ausschreibungsverfahren hatte der Auftraggeber für die Baukostenvereinbarung Kosten i.H.v. 3,25 Mio. € netto angegeben, worin die Kosten für ein Blockheizkraftwerk sowie die Generalplanervergütung enthalten sein sollten. Das OLG Düsseldorf führt aus, dass diese Summe (3,25 Mio. €) nachvollziehbar und prüfbar sei, wegen der besonderen Fachkunde der Planer.

Ganz offenbar setzen sich die Kosten von 3,25 Mio. € aus mehreren Gewerken zusammen. Neben der Baumaßnahme soll auch ein Blockheizkraftwerk enthalten sein, was eine Anlage der Technischen Ausrüstung gem. § 51 Abs. 2 Nr. 2 darstellt (DIN 276 KG 420). Sicher sind auch Starkstromanlagen zu planen und ggf. anderes mehr. Diese Anlagen sind aber nach den Vorschriften der HOAI getrennt abzurechnen, was der § 6 Abs. 2 mit den Worten „nach den Vorschriften dieser Verordnung“ auch ausdrücklich bestätigt. Es müssten demnach Baukostenvereinbarungen für jedes Objekt getrennt getroffen werden.

Dazu, und dass nach dem Wortlaut des § 6 Abs. 2 HOAI die Baukosten nicht nur nachprüfbar sondern auch einvernehmlich festgelegt sein müssen, verliert das OLG Düsseldorf kein Wort. Ist im konkreten Fall die Einvernehmlichkeit ggf. stillschweigend zustande gekommen, weil der eine (der Auftraggeber) Baukosten einseitig vorgegeben hat und der andere (der Bieter) dies nicht bemängelt? Im konkreten Fall hatte der Bieter im Rahmen seiner Beschwerde beim OLG Düsseldorf aber die vom Auftraggeber angegebenen Baukosten bemängelt und als nicht prüfbar bezeichnet. Darin ist doch eingeschlossen, dass er sie dann keinesfalls einvernehmlich festgestellt haben will. Das OLG bleibt in seinem Beschluss zu diesem Punkt unvollständig und unverständlich.

Für eine Baukostenvereinbarung ist es erforderlich, dass ALLE vorgenannten Kriterien erfüllt sind. Bei meiner Sachverständigentätigkeit habe ich seit 2009 nur zweimal mit Baukostenvereinbarungen zu tun gehabt. In beiden Fällen war die Vereinbarung unwirksam, weil bereits Entwurfspläne vorlagen.

Das Urteil des OLG Koblenz

Zwischenzeitlich liegt zu zwei konkreten Fällen aktuelle Rechtsprechung vor. Zum einen der bereits zitierte Beschluss des OLG Düsseldorf und zum anderen das Urteil des OLG Koblenz vom 05.06.2013 (5 U 1481/12). Das OLG Koblenz hat Folgendes ausgeführt:

„Ein öffentlicher Auftraggeber kann einen Architektenvertrag mit einer Baukostenvereinbarung (HOAI § 6 Abs. 2) nicht wirksam schließen, wenn die einschlägige Haushaltsordnung vorsieht, dass „Ausgaben und Verpflichtungsermächtigungen für Baumaßnahmen (...) erst veranschlagt werden (dürfen), wenn Pläne, Kostenberechnungen und Erläuterungen vorliegen, aus denen die Art der Ausführung, die Kosten der Baumaßnahme, des Grunderwerbs und der Einrichtungen sowie die vorgesehene Finanzierung und ein Zeitplan ersichtlich sind, weil zum Zeitpunkt der Beauftragung des Architekten noch keine Planungen als Voraussetzungen für eine Kostenschätzung oder Berechnung vorliegen.“

Das Urteil ist in zumindest drei Punkten von besonderem Interesse.

Haushaltsrecht

Das OLG kommt zu dem Ergebnis, dass wegen der haushaltsrechtlichen Bestimmungen (§§ 24, 54 der rheinland-pfälzischen Landshaushaltsordnung (LHO-RP), es müssen ausführliche Entwurfszeichnungen und Kostenberechnungen vorliegen) der öffentliche Auftraggeber rechtlich daran gehindert ist, einen Architektenvertrag mit einer Baukostenvereinbarung zu schließen. Das würde bedeuten, dass öffentliche Auftraggeber niemals die Voraussetzungen einer Baukostenvereinbarung erfüllen könnten.

Planungsleistungen sind Bauleistungen

Entgegen der Ansicht des Beklagten, Baumaßnahmen i.S.v. §§ 24, 54 der LHO begännen erst mit der eigentlichen Bautätigkeit, ist das OLG Koblenz folgender Auffassung:

„Auch die auf ein konkretes Objekt bezogenen planerischen und sonstigen Leistungen eines Architekten sind angesichts ihrer auf Realisierung des Bauvorhabens zielenden Inhalts Baumaßnahmen.“

Dieser Auffassung ist nicht zu folgen. Wie Fuchs bereits in IBR 2013, 289 schreibt, kann der Auftraggeber für die Erstellung der Haushaltsunterlage Bau (HU-Bau), das ist im Wesentlichen die Entwurfsplanung, auch Architekten bzw. Ingenieure beauftragen (vgl. Abschnitt D 3.2 und K 12 der Richtlinien für die Durchführung von Bauaufgaben des

Landes Rheinland-Pfalz (RLBau-RP). Vergleichbare Vorschriften gibt es auch in den anderen Bundesländern. Damit bricht das wesentliche Argument der Urteilsbegründung weg.

Auch bei Planungsleistungen nach den Richtlinien für die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes (RBBau) ist es gem. Abschnitt K 12 möglich, freiberufliche Planer mit der Erstellung der Entscheidungsunterlage-Bau (ES-Bau) zu beauftragen. Damit wird es möglich, eine Baukostenvereinbarung zumindest für die Leistungsphasen 1 und 2 zu treffen. Ob dies sinnvoll ist, steht dabei auf einem anderen Blatt.

Nachprüfbar Baukosten

Der Beklagte hatte eingewendet, dass er zum Zeitpunkt der Auftragserteilung mehr als eine vage Kostenschätzung nicht hätte vornehmen können. Das OLG Koblenz lies dies mit dem Hinweis darauf, dass gem. § 6 Abs. 2 HOAI nachprüfbar Baukosten einvernehmlich festgelegt werden müssten, nicht gelten. Eine Baukostenvereinbarung „ins Blaue hinein“ sei nicht möglich. Es zeigt sich, dass das Kriterium der Nachprüfbarkeit der Baukosten eine wichtige Rolle spielt. Dies hat gerade für die Praxis im Umgang mit dem Baukostenvereinbarungsmodell Bedeutung.

Der Beschluss des OLG Düsseldorf

Anders als das OLG Koblenz kommt das OLG Düsseldorf in dem bereits mehrfach erwähnten Beschluss vom 12.06.2013 (VII-Verg 7/13) zu dem Ergebnis, dass eine Baukostenvereinbarung auch für einen öffentlichen Auftraggeber (eine Kleinstadt am Niederrhein) möglich sei. Die Beschwerdeführerin hatte sich gegen die für die Vergabe vorgesehene Baukostenvereinbarung gewandt, weil die Baukosten vom Auftraggeber nicht prüfbar angegeben worden seien. Eine Baukostenvereinbarung sei unter diesen Umständen unstatthaft. Das OLG Düsseldorf hat, wie oben bereits ausgeführt, die Baukosten als prüfbar bezeichnet, sich aber mit der Baukostenvereinbarung nur vergaberechtlich und nicht honorarrechtlich auseinandergesetzt.

Fazit

An eine Baukostenvereinbarung gem. § 6 Abs. 2 HOAI sind hohe Anforderungen zu stellen. Das OLG Koblenz kommt zu dem Ergebnis, dass öffentliche Auftraggeber wegen der haushaltsrechtlichen Vorschriften niemals die Voraussetzungen einer Baukostenvereinbarung erfüllen können. Es verkennt dabei, dass Pla-

nungsleistungen keine Bauleistungen sind und der Auftraggeber zur Erstellung der Haushaltsunterlage-Bau freiberufliche Planer hinzuziehen kann. Vage Baukostenangaben „in's Blaue“ entsprechen nicht dem in § 6 Abs. 2 HOAI geforderten Kriterium „prüfbar“.

Das OLG Düsseldorf kommt zu dem Ergebnis, dass eine Baukostenvereinbarung für öffentliche Auftraggeber zumindest vergaberechtlich möglich ist. Die pauschale Angabe von Baukosten, in denen mehrere Gewerke zusammengefasst sind und die zudem Planungshonorare enthalten, seien wegen der besonderen

Fachkunde der Planer als prüfbar i.S. des § 6 Abs. 2 HOAI zu werten. Honorarrechtlich setzt sich das OLG Düsseldorf mit dem Baukostenvereinbarungsmodell gar nicht auseinander.

Beide Entscheidungen müssen enttäuschen. Sie helfen in der Praxis auch nicht weiter. Einziger Trost ist, dass das Baukostenvereinbarungsmodell bei der Vielzahl der täglich geschlossenen Planungsverträge nur eine sehr untergeordnete Rolle spielt. Der vermeintliche Deckel für das Honorar ist nicht dicht.

Ein Flickenteppich

Zum Anwendungsbereich der Landesvergabegesetze

Stadtrechtsdirektor Dr. Kay-Uwe Rhein, Mönchengladbach



Die Vergabegesetze der Bundesländer differenzieren hinsichtlich der Anforderungen an den Mindestlohn zwischen Bau- und Dienstleistungen einerseits und reinen Lieferleistungen andererseits. In einem Wettbewerb der Bundesländer wird die Forderung nach Zahlung eines Mindestlohnes entweder überhaupt nicht, oder nur für Bau- und Dienstleistungsaufträge gestellt, Lieferaufträge hinsichtlich des Dienstleistungsanteils einbezogen oder einfach alle Aufträge erfasst. Das sorgt nach allen Seiten für Abgrenzungsschwierigkeiten. Ein Überblick.

Die Regelungen des Arbeitnehmerentsendegesetzes und des Mindestarbeitsbedingungengesetzes gelten kraft Bundesrechtes in allen Bundesländern und werden daher im folgenden Überblick unbeschadet der Wiederholung in einzelnen Landesvergabegesetzen ebenso ausgeblendet wie die Regelungen zum Öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV).

Baden-Württemberg

Nach § 4 des baden-württembergischen Landestariftreue- und Mindestlohngesetzes (LTMG BW) dürfen öffentliche Aufträge nur an Unternehmen vergeben werden, die sich bei Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Beschäftigten bei der Ausführung der Leistung ein Entgelt von mindestens 8,50 € (brutto) pro Stunde zu zahlen (Mindestentgelt). Das gilt u.a. nicht für die Leistungserbringung durch Auszubildende und für die Vergabe von Aufträgen an anerkannte Werk-

stätten für behinderte Menschen und anerkannte Blindenwerkstätten.

Bayern

Der Gesetzentwurf zur Sicherung von Tariftreue und Mindestlohn, ökologischen Kriterien und Frauenförderung bei Auftragsvergaben des Freistaats und der Kommunen (Bayerisches Vergabegesetz – BayVG, Landtagsdrucksache 16/6700 vom 09.12.2010) hat keine Gesetzeskraft erlangt.

Berlin

§ 1 Abs. 4 des Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetzes (BerlAVG) bestimmt dass unbeschadet etwaiger weitergehender Anforderungen nach den Absätzen 2 und 3 Aufträge an Unternehmen mit Sitz im Inland in jedem Fall nur vergeben werden, wenn diese sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmerinnen und Ar-