

Was ist „üblich“ für Planungsleistungen?

Auch eine Vergütung unterhalb des unteren Honorarsatzes der HOAI?



Dipl.-Ing. Ulrich Welter, ö.b.u.v. Sachverständiger für Honorare nach HOAI, inside® Büsum

Die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) 2021 ist eine Kann-Vorschrift mit Auffangtatbestand. Man kann sie anwenden, muss es aber nicht – wenn man aber überhaupt nichts vereinbart, gilt die HOAI doch. Wer blickt da noch durch? Wonach sich das Honorar bemisst, wenn die Parteien keine wirksame Honorarvereinbarung getroffen haben – eine Aufklärung.

Seit dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 4.7.2019 (Rs. C-377/17) und der Feststellung, dass die verbindlichen Mindest- und Höchstsätze der HOAI nicht europarechtskonform sind, können die Mindestsätze unterschritten werden. Der Markt nutzt das aktuell aus. Dem Autor liegen aus der eigenen Sachverständigentätigkeit zwei aktuelle Beispiele aus den Leistungsbildern Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen vor, die den Verfall der HOAI eindrucksvoll belegen.

Beispiel 1 – April 2021

Angefragt waren für die Erschließung eines kommunalen Baugebietes:

- Abwasserleitungen (anrechenbare Kosten rd. 271.000,- €),
- Trinkwasserleitungen (anrechenbare Kosten rd. 465.000,- €),
- Verkehrsanlagen (Straße) (anrechenbare Kosten rd. 495.000,- €).

Bei den Abwasseranlagen (Trennsystem) waren bereits in der Anfrage die Schmutzwasser- und die Regenwasserkanäle entgegen den Bestimmungen der HOAI (2 funktional und konstruktiv getrennt abzurechnende Objekte) zu einem einzigen Objekt zusammengefasst.

Angefragt waren die Leistungsphasen 3 und 5 bis 9. Der untere Honorarsatz bzw. der Basishonorarsatz für die Grundleistungen nach heutiger HOAI, der dem früher geltenden Mindestsatz entspricht, beträgt nach den Bestimmungen der HOAI gerundet 97.900,- € netto.

Es gingen 5 Angebote ein:

Bieter	angebotenes Honorar [€]	% unterhalb des unteren Honorarsatzes
1	76.950	21,4
2	72.400	26,1
3	64.800	33,8
4	61.300	37,4
5	47.600	51,4

Beispiel 2 – März 2021

Angefragt waren für die Erschließung eines kommunalen Baugebietes:

- Abwasserleitungen
- Trinkwasserleitungen
- Verkehrsanlagen (Straße)

Angefragt waren die Leistungsphasen 1 bis 3 und 5 bis 9 sowie einige Besondere Leistungen. Der untere Honorarsatz für die Grundleistungen beträgt nach den Bestimmungen der HOAI gerundet 165.000,- € netto.

Auch hier gingen 5 Angebote ein, mit folgendem Ergebnis:

Bieter	angebotenes Honorar [€]	% unterhalb des unteren Honorarsatzes
1	162.300	1,6
2	143.200	13,2
3	130.700	20,8
4	105.800	35,9
5	99.000	40,0

Nachlässe auf den unteren Honorarsatz der HOAI in Höhe von 40 bzw. 50% sind

im Markt zu beobachten. Sie sind auch keine Einzelfälle, was nicht bedeutet, dass sie üblich sind. Es ließen sich auch Beispiele aus dem Leistungsbild der Tragwerksplanung mit Nachlässen von über 40 % gegenüber dem HOAI-Mindesthonorar vortragen. Wer sich im Markt umhört, findet dies schnell bestätigt.

Der Anwendungsbereich der HOAI ist dort in § 1 definiert, nämlich:

§ 1 Anwendungsbereich

Diese Verordnung gilt für Honorare für Ingenieur- und Architektenleistungen, soweit diese Leistungen durch diese Verordnung erfasst sind. Die Regelungen dieser Verordnung können zum Zwecke der Honorarberechnung einer Honorarvereinbarung zugrunde gelegt werden.

Daraus folgt, dass die Vertragsparteien die HOAI vereinbaren können, aber nicht müssen. Vereinbaren Sie allerdings die Höhe des zu zahlenden Honorars nicht zumindest in Textform, gilt § 7 Satz 2 HOAI, nämlich:

Sofern keine Vereinbarung über die Höhe des Honorars in Textform getroffen wurde, gilt für Grundleistungen der jeweilige Basishonorarsatz als vereinbart, der sich bei der Anwendung der Honorargrundlagen des § 6 ergibt.

Das bedeutet, dass der Planer dann nach dem unteren Honorarsatz abrechnen darf, nichts anderes ist nämlich der „Basishonorarsatz“.

§ 632 BGB

In § 632 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) ist zunächst geregelt, dass der Auftraggeber in der Regel davon auszugehen hat, dass er ein Honorar bezahlen muss. Ausnahmen von dieser Regel sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) so selten, dass hier darauf nicht eingegangen werden braucht. Sie spielen im Tagesgeschäft keine Rolle.

In § 632 Abs. 2 BGB heißt es dann:

(2) Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen.

Eine Taxe ist ein hoheitlich nach Bundes- oder Landesrecht festgelegter Preis. Die Taxe unterscheidet sich in ihrem Charakter von „Gebührenordnungen“, die von berufsständischen Organisationen wie etwa der AHO, dem Ausschuss der Verbände und Kammern der Ingenieure und Architekten für die Honorarordnung e.V., erarbeitet worden sind.

Die HOAI ist eine solche hoheitlich festgelegte Taxe, das Honorar richtet sich also nach der Vorschrift im BGB nach

den Bestimmungen der HOAI, und zwar für den Fall, dass die Parteien die Höhe der Vergütung nicht vereinbart haben.

Auf die Bestimmung zur textlichen Vereinbarung in § 7 Abs. 1 Satz 2 HOAI kommt es also nur dann an, wenn zwar eine Vereinbarung getroffen wurde, aber nicht schriftlich oder textlich. So auch das Oberlandesgericht (OLG) München im Beschluss vom 21.8.2018 (28 U 849/17):

„Nachdem der Beklagte nach der nicht zu beanstandenden rechtlichen Würdigung sowie Beweiswürdigung des Landgerichts eine bindende Pauschalpreishonorarabrede zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht darzulegen und nachzuweisen vermochte, gilt § 632 Abs. 2 BGB. Die Vorschrift regelt, dass für den Fall, dass die Höhe der Vergütung nicht bestimmt ist, bei Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung als vereinbart anzusehen ist. Die HOAI ist eine solche Taxe. Sie enthält öffentliches Preisrecht. Sie regelt, in welcher Höhe und nach welchen Gesichtspunkten Ingenieure und Architekten Honorare berechnen können bzw. müssen, wenn sie dem Grund nach einen vertraglichen Honoraranspruch haben (BGH, Urteil vom 24.10.1996, Az. VII ZR 283/95).“

Eine mündlich getroffene Honorarvereinbarung ist auch nach der HOAI 2021 unwirksam. Die Frage danach, ob der untere Honorarsatz der HOAI (der Basishonorarsatz) als „üblich“ i.S. des § 632 BGB anzusehen ist, stellt sich also gar nicht. Und doch taucht diese Frage in der Praxis immer wieder auf.

Die „übliche“ Vergütung

Nach dem Urteil des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 26.10.2000 (VII ZR 239/98) gilt:

„Üblich im Sinne von § 632 Abs. 2 BGB ist die Vergütung, die zur Zeit des Vertragsschlusses nach allgemeiner Auffassung der beteiligten Kreise am Ort der Werkleistung gewährt zu werden pflegt.“

Es geht also nicht um „auskömmlich“ oder „angemessen“, sondern lediglich darum, was „üblicherweise“ für die betreffende Leistung bezahlt wurde bzw. wird. Sofern es um Grundleistungen geht, die vom Ordnungsrahmen der HOAI umfasst sind, hört man oft:

„Die HOAI-Mindestsätze stellen die übliche Vergütung dar.“

Das hat das Landgericht (LG) Hamburg im Urteil vom 23.5.2019 (321 O 288/17) auch so gesehen; demnach ist das HOAI-Mindestsatzhonorar als die übliche Vergütung anzusehen:

„Eine (Pauschal-) Honorarvereinbarung muss schriftlich bei Auftragserteilung getroffen werden. Anderenfalls ist sie unwirksam. Eine unwirksame Honorarvereinbarung führt dazu, dass die Leistungen nach den Regelungen der HOAI abzurechnen sind. Das gilt trotz der Unionsrechtswidrigkeit der HOAI-Mindestsätze (EuGH, IBR 2019, 436). Denn ohne wirksame vertragliche Vergütungsvereinbarung gilt die übliche bzw. taxmäßige Vergütung als vereinbart. Das Preisrecht der HOAI bestimmt dem LG Hamburg zufolge die übliche bzw. taxmäßige Vergütung für eine Werkleistung des Architekten oder Ingenieurs.“

Quelle: ibr-online

Die Entscheidung ist allerdings nicht rechtskräftig.

Das OLG Celle sieht das im Urteil vom 8.1.2020 (14 U 96/19) indes ganz anders:

„Die bloße Annahme, der Mindestsatz stelle die übliche Vergütung dar, geht fehl (ebenso: Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, HOAI, 13. Aufl. 2017, § 1, Rn. 14). Es handelt sich um eine bloße Unterstellung, die – gemessen an den Anforderungen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – keinen Bestand hat (vgl. BGH, Urteil vom 10.10.2006 – X ZR 42/06).“

Die untere Honorarsatz kann also nicht als Marktpreis im Sinne einer üblichen Vergütung gemäß § 632 Abs. 2 BGB angesehen werden. Das ist, wie oben ausgeführt, aber auch nicht erforderlich, weil gem. § 632 Abs. 2 BGB ohnehin die taxmäßige Vergütung als vereinbart gilt. Und in der Taxe (HOAI) ist in § 7 Abs. 1 Satz 2 vorgeschrieben, dass der Basishonorarsatz (das ist der untere Honorarsatz) als vereinbarte Vergütung geltend gemacht werden kann.

Die Frage nach einer „üblichen Vergütung“ ist regelmäßig in den Fällen zu beantworten, in denen es um Besondere Leistungen geht oder bei denen die anrechenbaren Kosten die Tafelwerte übersteigen und das Honorar deshalb frei vereinbart werden kann.

Bei Besonderen Leistungen ist im Streitfall eine übliche Vergütung durch Sachverständige festzustellen, da den Gerichten in der Regel die Bestimmung der Höhe erforderliche Sachkunde und Marktkenntnis fehlt. Bei den Objekten mit anrechenbaren Kosten oberhalb der Tafelwerte gilt aus sachverständiger Sicht das Gebot der Fortschreibung der Tabellenwerte, wie auch das OLG Hamburg im Urteil vom 10.2.2011 (3 U 81/06) zutreffend entschieden hat:

„Honorare bei anrechenbaren Kosten oberhalb der Tafelwerte können nach spezifischen Tafelfortschreibungstabel-

len als übliche Vergütung gemäß § 632 BGB berechnet werden.“

In Frage kommen z.B. die RiFT-Tabellen oder die fortgeschrieben Honorartafeln des AHO. Diese Werke schreiben die hoheitlich festgesetzte Taxe fort.

Die „angemessene“ Vergütung

Eine ganz andere Frage ist, ob eine Vergütung nach den Bestimmungen der HOAI auf der Grundlage der unteren Honorarsätze eine angemessene Vergütung darstellt.

Im Gesetz zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen vom 4.11.1971 (BGBl. I S. 1745, 1749) und seither in allen Gesetzesänderungen, zuletzt i.d.F. vom 12.11.2020 (BGBl. I S. 2392), heißt es, dass bei der Festsetzung der Honorare den berechtigten Interessen der Ingenieure und Architekten sowie der zur Zahlung Verpflichteten Rechnung zu tragen ist.

In der letzten Änderung dieses Gesetzes vom 12.11.2020 (BGBl. I S. 2392) ist zudem hinzugefügt worden, dass

„zur Ermittlung angemessener Honorare“

den berechtigten Interessen der der Ingenieure und Architekten sowie der zur Zahlung Verpflichteten Rechnung zu tragen ist.

Seit jeher und besonders seit der HOAI 2021 gilt also, dass die (ehemaligen) Mindesthonorare der HOAI, also der jetzige untere Honorarsatz der HOAI, als „angemessen“ gelten müssen. Andernfalls wäre der Ordnungsgeber dem gesetzlichen Auftrag nicht nachgekommen.

Wie aber kann es sein, dass der untere Honorarsatz „angemessen“ ist, dieser im Markt aber um 40 und gar 50% unterschritten wird (siehe Beispiele oben)? Wie passt das mit den Rufen der Berufsvertreter nach dringend erforderlicher Erhöhung der Tafelwerte zusammen?

Die Tafelwerte gelten seit 2013 unverändert fort und basieren auf Zahlen aus dem Jahr 2010. Sie können heute nicht mehr passen. Und doch unterbieten sich die Planer bei den Angeboten. Sie suchen ihr Heil, auch das zeigt die Praxis, im Nachtragsmanagement. Aber welchen Stellenwert hat dann eine HOAI noch?

Wäre es nicht ein gutes Geschäftsmodell, ohne Honorarvereinbarung zu arbeiten und dann später nach dem Basishonorarsatz abzurechnen? Er liegt immerhin 40 oder 50% über manchem Wettbewerbspreis. Wer möchte so etwas? Was tut der Gesetzgeber und was tut der Ordnungsgeber?

Der Deutsche Baugerichtstag 2021 hat 18 konkrete Hinweise zur Novellierung der HOAI gegeben. Je länger eine Anpassung dauert, desto geringer wird die Akzeptanz der HOAI. Die Kommunen und auch die großen öffentlichen Auftraggeber wie z.B. die sondergesetzlichen Wasserbände, die Großstädte aber auch die Deutsche Bahn (DB) AG bekennen sich sämtlich zur HOAI. Sie brauchen sie sogar, weil sie ein einheitliches Modell darstellt. Und doch sind es genau diese Fürsprecher, die den reinen Preiswettbewerb über alles stellen.

Wenn man die HOAI als in sich ausgewogene Regelung begreift, dann können zwar Pauschalhonorare vereinbart werden, aber eine Rosinenpickerei (z.B. kein Umbauschlag, Zusammenfassen von Objekten, keine mitzuverarbeitende Bausubstanz u.a.m.) muss ausgeschlossen sein. Entweder ganz oder gar nicht, wie dies früher in der Rechtsprechung hinsichtlich der VOB/B war und mittlerweile längst Gesetz ist. Entsprechend sollten die Gerichte in den nächsten Jahren auch zur HOAI urteilen. Ein ausgewogenes Regelungssystem wie die VOB/B oder die HOAI ist eben nur als Ganzes in sich stimmig. Nur wenn alle Honorarparameter, die sehr fein aufeinander abgestimmt sind, angemessen beachtet werden, wird das Ziel, ein angemessenes Honorar zu vereinbaren, auch tatsächlich erreicht.

Aus Sicht und nach der Erfahrung des Autors als Honorarsachverständiger liegt das tatsächliche Marktgeschehen daran, dass

- a) die öffentlichen Auftraggeber zunehmend den Preis als einziges Zuschlagskriterium angeben. Dem Autor liegen etliche konkrete Ausschreibungen vor, in denen so verfahren wurde/wird. Wird der Preis als einziges Zuschlagskriterium benannt, negiert der Auslober damit, dass Ingenieurleistungen im Leistungswettbewerb zu vergeben sind.
- b) die Planer ihre HOAI noch immer nicht kennen und zudem die Grundlagen der Betriebswirtschaft missachten.
- c) die öffentlichen Auftraggeber die Bestimmungen der HOAI sehr häufig ebenfalls nicht beherrschen.

Eine Prüfung bzgl. eines angemessenen, üblichen, unangemessenen, ungewöhnlich niedrigen Honorars fiel vollständig weg, wenn das Honorar aufwandsorientiert vereinbart würde. Mit diesem Thema sowie einem Vorschlag zur Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren befasst sich der Autor in der nächsten Ausgabe des Vergabenavigators.

■ *Rechtsanwalt Simon Gesing, M.A., Leinemann & Partner Rechtsanwälte mbB, Berlin*

iPads für die Schulen

OLG Brandenburg: Produktvorgabe bei Integration in erprobtes System erlaubt

Eine produktspezifische Ausschreibung ist nur dann gerechtfertigt, wenn vom Auftraggeber nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe angegeben worden sind und die Bestimmung folglich willkürfrei getroffen worden ist, solche Gründe tatsächlich vorhanden sind und die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert. Dies hat das Oberlandesgericht (OLG) Brandenburg mit Beschluss vom 8.7.2021 (19 Verg 2/21) klargestellt.

Der Sachverhalt

Der Auftraggeber schrieb im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Kommission die Lieferung mobiler Endgeräte und Zubehör für verschiedene Schulen in seiner Trägerschaft im Rahmen des Digitalpakts Schule im Offenen Verfahren europaweit aus.

Gegenstand des Verfahrens waren die Lieferung von iPads, Apple Pencil und Tastatur Cases. Alleiniges Zuschlagskriterium war der Preis, Nebenangebote wurden nicht zugelassen.

Grundlage der Ausschreibung war ein Vergabevermerk, in dem der Auftraggeber die spezifische Beschaffung von Apple iPads u.a. mit einem im Jahr 2017 begonnenen Pilotversuch begründet hatte, im Zuge dessen zunächst 200 iPads für vier Schulen in seiner Trägerschaft angeschafft worden waren, später wurde der Versuch auf neun Schulen erweitert.

Die Antragstellerin, die mit dem Betriebssystem Android ausgestattete Tablets vertreibt, rügte, dass die Ausschreibung mit ihrer Beschränkung auf iOS-basierten iPads nebst Zubehör gegen den Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung verstoße. Zugleich verletze sie den Wettbewerbsgrundsatz, das Diskriminierungsverbot sowie den Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 97 Abs. 1, 2 und 6 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

Der Auftraggeber wies die Rüge zurück und vertrat die Auffassung, es seien die Voraussetzungen des § 31 Abs. 6 Satz 1 der Vergabeverordnung (VgV) für eine

zulässige produktspezifische Ausschreibung erfüllt.

Daraufhin stellte die Antragstellerin bei der Vergabekammer (VK) Brandenburg einen Nachprüfungsantrag, den die Vergabekammer als unbegründet zurückwies. Mit ihrer sofortigen Beschwerde wandte sich die Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer.

Sie ist weiterhin der Auffassung, sie werde durch die produktspezifische Ausschreibung des Auftraggebers in ihren Rechten verletzt. Der Auftraggeber habe das ihm zustehende Ermessen/den ihm zustehenden Beurteilungsspielraum nicht ausgeübt, weil er die Beschaffung anderer Produkte als iPads nicht in Erwägung gezogen habe. Das ausweislich des Vergabevermerks verfolgte Ziel des Auftraggebers, eine Einheitlichkeit verwendeter Geräte mit den fünf Jahre zuvor angeschafften iPads herbeizuführen, könne ein vergaberechtswidriges Vorgehen nicht rechtfertigen.

Die Entscheidung

Der nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB zulässige Antrag der Antragstellerin auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung ihrer sofortigen Beschwerde ist unbegründet, weil die sofortige Beschwerde keine Aussicht auf Erfolg hat und deshalb ein schutzwürdiges Interesse an der Verlängerung der aufschiebenden Wirkung nicht besteht, § 173 Abs. 2 GWB.

Die im Eilverfahren gebotene summarische Bewertung führt hier zum Ergebnis, dass das Rechtsmittel der Antragstellerin ohne Erfolgsaussicht ist. Der Senat hält die Ausführungen der Vergabekammer,