

§ 7 HOAI 2021 richtig anwenden**Wirksam vereinbarte Honorare sind zu halten, bei Änderungen gelten die Basissatzsätze der HOAI!**

Vereinbaren die Parteien für die Tragwerksplanung die Honorarzone III, obwohl Honorarzone IV vorliegt, hängt der Honoraranspruch davon ab, ob der Vertrag unter der HOAI 2013 oder HOAI 2021 geschlossen wurde: Für Verträge nach der HOAI 2013 gilt, dass eine falsch vereinbarte Honorarzone meist unwirksam ist. Ergibt sich aus einer Kontrollberechnung unter Zugrundelegung der richtigen Honorarzone ein höherer Mindestsatz, so kann der Auftragnehmer trotz der falsch vereinbarten Honorarzone diesen Mindestsatz verlangen. Für Verträge nach der HOAI 2021 gelten die Basissätze nicht mehr uneingeschränkt. So kann hier eine falsch vereinbarte Honorarzone wirksam sein und der Honoraranspruch dann auch nur mit Honorarzone III abgerechnet werden. Das regelt § 7 Abs. 1 Satz 1 HOAI 2021. Eine Ausnahme kann sich daraus ergeben, dass die Textform für die Vereinbarung der Honorarzone nicht eingehalten wurde.

Soll hingegen nachträglich die Planung geändert werden und ist die vereinbarte Honorarzone hierfür nicht maßgeblich, können die Honorare für die erforderlichen Änderungen dann doch mit Honorarzone IV berechnet werden. Das ergibt sich aus § 7 Abs. 1 Satz 2 HOAI 2021.

Frage 1: Ein Ingenieur: Ich habe den Auftrag für die Tragwerksplanung eines Klinikgebäudes. Der Auftraggeber hat die Honorarzone III im Rahmen eines VgV-Verfahrens vorgegeben und diese wurde so im Vertrag vereinbart. Ich hatte schon bei den Vergabeverhandlungen Zweifel geäußert, dass Honorarzone III zutrifft, weil Klinikgebäude meist kompliziert sind und aus meiner Erfahrung weitgehend Berechnungen mit finiten Elementen bedürfen. Im Zuge des Entwurfs zeigt sich, dass tatsächlich die Honorarzone IV zutrifft. Kann ich mich nun darauf berufen, dass die falsche Honorarzone vereinbart worden ist und mein Honorar nach der objektiv richtigen abrechnen?

Frage 2: Derselbe Ingenieur: Nach Fertigstellung der Entwurfsplanung für das gesamte Klinikgebäude entscheidet der Auftraggeber, dass nun ein Hubschrauberlandeplatz auf dem Dach des Gebäudes vorzusehen ist. Das ändert die Tragwerksplanung für einen Teil des Gebäudes. Kann ich diese Änderungen nun doch in der zutreffenden Honorarzone IV anbieten? Der Auftraggeber meint, dass auch für diese Änderungen die vertraglich vereinbarte Honorarzone III greifen müsse.

Frage 3: Erneut derselbe Ingenieur: Wenn die Frage 1 mit „Nein“ beantwortet wird, was ist in einem anderen Fall, bei dem ich im VgV-Verfahren anhand der mir vorgelegten Unterlagen nicht

erkennen konnte, dass die Honorarzone III nicht zutrifft, der Auftraggeber sich aber im Zuge der Beratungen in der Leistungsphase 2 für eine Lösung entscheidet, bei der ich an Berechnungen mit FEM (Finite-Element-Methode) nicht vorbeikomme. Kann ich denn dann die zutreffende Honorarzone IV abrechnen?

Vorab: Auf Nachfrage bestätigt der Ingenieur, dass der Vertrag Anfang 2021 geschlossen wurde. Damit greift für beide Fragen die HOAI in der Fassung vom 07.12.2020, kurz HOAI 2021. Das ist insofern von Bedeutung, weil die Antwort zur Frage 1 anders lauten würde, wenn der Vertrag z. B. noch im Jahr 2020 geschlossen worden wäre. Dann hätte § 7 Abs. 1 HOAI 2013 (HOAI in der Fassung vom 10. Juli 2013, kurz HOAI 2013) Anwendung gefunden, der Mindestsätze gesetzlich regelt. Unter der HOAI 2013 waren vertragliche Vereinbarungen unterhalb der HOAI-Mindestsätze gesetzlich unwirksam, wenn diese tatsächlich zu einer Mindestsatzunterschreitung geführt haben (so aktuell bestätigt durch BGH, Urteil vom 02.06.2022 - VII ZR 229/19). Der Planer hätte unter der Wirksamkeit der HOAI 2013 also nur eine Mindestsatzunterschreitung nachweisen müssen (ausführlich dazu Kalte/Wiesner im Deutschen Ingenieurblatt 03/2015, S. 44) und sodann die Mindestsätze berechnen können – losgelöst von der vertraglichen Vereinbarung. Damals galt: *„Preisrecht bricht Vertragsrecht!“*. Unter der HOAI 2013 wäre also die Frage (vorbehaltlich einer zutreffenden Mindestsatzberechnung) mit „Ja“ zu beantworten gewesen. Unter HOAI 2021 ist das nun in der Tat anders. Hier gilt der Grundsatz: *„Verträge sind zu halten!“*.

Antwort 1: Nein, es gilt die vereinbarte Honorarzone! § 7 Abs. 1 Satz 1 HOAI 2021 lautet: *„Das Honorar richtet sich nach der Vereinbarung, die die Vertragsparteien in Textform treffen.“* Im vorliegenden Fall haben die Parteien im Vertrag die Honorarzone III vereinbart, danach richtet sich also auch endgültig die Honorarberechnung. Es gibt in der HOAI 2021 kein Korrektiv „mehr“ (früher der Mindestsatz), es bleibt ganz einfach bei der Vereinbarung im Vertrag. Auch deshalb, weil der Planer bereits während der Vergabe erkannt hat (oder hätte erkennen können), dass die Honorarzone III nicht greift. Das hätte er zum Teil der Vergabeverhandlungen machen müssen, z. B., indem er in seinem Erstangebot einen entsprechenden Zuschlag vorgenommen und erläutert hätte. Er hätte auch darüber verhandeln können, dass die Honorarzone (wie auch die anrechenbaren Kosten) im Vertrag nur vorläufig mit III vereinbart wird und sich diese endgültig auf der Grundlage einer noch durchzuführenden Honorarzonenermittlung nach dem Entwurf ergibt. Lässt der Planer sich allerdings „sehenden Auges“ auf die Honorarzone III im Vertrag ein, gilt diese unveränderbar als Grundlage für die Honorarermittlung für die vertraglich vereinbarte Leistung und das völlig losgelöst von einer zutreffenden Honorarzone nach HOAI.

Antwort 2: Auf Nachfrage erklärt der Ingenieur, dass der Auftraggeber nach vorherigen Verhandlungen die Auftragserweiterung nunmehr angeordnet habe.

Im vorliegenden Fall hat der Auftraggeber einen Änderungswunsch, der rechtlich dem § 650b Abs. 1 Satz 1 BGB zuzuordnen ist, somit ein Begehren auf eine Änderung darstellt. Nach § 650b Abs. 1 Satz 2 BGB hat der Planer dem

Auftraggeber ein Angebot zu erstellen, über das die Parteien bis zu 30 Tage verhandeln können, bevor der Auftraggeber die Möglichkeit hat, die Erweiterung einseitig anzuordnen (zu solchen Nachtragsangeboten ausführlich Kalte/Wiesner im Deutschen Ingenieurblatt 07-08/2018, S. 48). Einigen sich Planer und Auftraggeber, so gilt die vereinbarte Honorarzone. Für den Fall einer Anordnung ist bisher gerichtlich noch nicht entschieden, ob die für die ursprüngliche Leistung vereinbarte Honorarzone fortgilt.

Die Autoren vertreten die Auffassung, dass im Fall einer Anordnung die nach der HOAI objektiv zu ermittelnde Honorarzone gilt. Grund hierfür ist, dass anders als bei der ursprünglichen Leistung keine von beiden Seiten gestaltbare Vereinbarung vorliegt, sondern der Auftraggeber die Leistung einseitig anordnet und der Auftragnehmer diese – vorbehaltlich besonderer Umstände – erbringen muss. Als Kehrseite dieses einseitigen Rechts kann sich der Auftraggeber nicht auf eine ihm günstige Vereinbarung der Honorarzone berufen, sondern muss hinnehmen, dass die von ihm angeordnete Leistung anhand der tatsächlichen Schwierigkeit beurteilt wird und er sie danach zu vergüten hat. Liegt also tatsächlich die Honorarzone IV vor, hat der Planer einen Anspruch, dass die zu wiederholenden Leistungen in Honorarzone IV abgerechnet werden.

Demgegenüber könnte für die Fortgeltung angeführt werden, dass es eine (wenn auch objektiv unzutreffende) Vereinbarung über die Honorarzone als Vertragsgrundlage gibt und andernfalls das gleiche Projekt mit verschiedenen Honorarzonen abgerechnet würde. Das überzeugt nicht.

Zur Honorarermittlung wird der Planer für Teile des Gebäudes Grund-

leistungen der Leistungsphasen 1 bis 3 zu wiederholen haben, die Höhe der Vergütung ergibt sich aus § 10 HOAI. Zur Honorarermittlung im Detail werden die Autoren einen weiteren Artikel veröffentlichen.

Antwort 3: Zunächst gilt für die ursprünglich vereinbarte Leistung die dazu vereinbarte Honorarzone. Entscheidet sich der Auftraggeber nachträglich zu einer Änderung der Leistung wie hier zu einer Lösung, die Berechnungen mit der FEM-Methode erfordern, so gilt diese Honorarzone auch fort, solange die Beteiligten nicht etwas anderes vereinbaren oder der Auftraggeber wie in Frage 3 die Erbringung anordnet. Der Ingenieur sollte also ein Angebot mit Honorarzone IV erstellen, verhandeln und um eine Anordnung bitten. Legt der Auftraggeber bei Vergabe eine Tragwerksplanung in Honorarzone III fest, bestellt er mit dem Auftrag ein Bauwerk, welches im Sinne von Anlage 14.2 zu § 52 Abs. 2 HOAI 2021 aus *„Tragwerken mit durchschnittlichem Schwierigkeitsgrad, insbesondere schwierige statisch bestimmte und statisch unbestimmte ebene Tragwerke in gebräuchlichen Bauarten und ohne Gesamtstabilitätsuntersuchungen“* besteht, jedenfalls keine Tragwerke umfasst, die nur unter Zuhilfenahme durch Berechnungen mit FEM beurteilt werden können. Ergibt sich in der Beratung in der Leistungsphase 2, insbesondere in den Teilleistungen lit. b) und c), dass Berechnungen mit FEM zwingend erforderlich sind, ist dies wie bei Antwort 3 als Änderungsbegehren des Auftraggebers zu bewerten. Das mag der Auftraggeber anders sehen, weil doch der Planer Berechnungen mit FEM empfiehlt und nicht er. Der Planer muss aber im Sinne von § 650p Abs. 1 BGB den Auftraggeber zu erforderlichen Leistungen

beraten und ihm diese dann auch anbieten. Sonst müsste er Bedenken anmelden, weil er ohne FEM das Projekt nicht im Sinne des Auftraggebers mangelfrei erbringen kann.

Grundsätzlich sind gerade aus Gründen der Nachhaltigkeit (Reduzierung von „grauer Energie“, siehe Feldmann/Dombrowski/Nearchou/Grün im Deutschen Ingenieurblatt 6/2022, S. 40) Optimierungsberechnungen unter Einsatz von FEM zu empfehlen. Sind dem Auftraggeber solche Nachhaltigkeitsaspekte wichtig, sollte er also gleich Aufträge zur Tragwerksplanung in Honorarzone V oder zumindest IV anfragen. Dann kann er auch Optimierungen mit Vorspannkonstruktionen und die Prüfung des Einsatzes von Schalen- oder

Membrantragwerken erwarten, die besonders geeignet sind, graue Energie einzusparen.

Fazit:

§ 7 Abs. 1 Satz 1 HOAI 2021 regelt, dass es bei der Honorarzone bleibt, die die Parteien im Vertrag vereinbart haben, auch wenn eine andere Honorarzone von Anfang an „richtig“ gewesen wäre. Wird keine Honorarzone vereinbart oder ist die hierzu getroffene Vereinbarung unwirksam, so gilt die allein nach der HOAI zu bestimmende Honorarzone. Kommt es zu Änderungen und werden diese einseitig angeordnet, so ist es rechtlich überzeugend, dass auch für diese die nach der HOAI zutreffende Honorarzone gilt.

Autoren

Dipl.-Ing. Peter Kalte, öffentlich bestellter und vereidigter Honorarsachverständiger, zertifizierter Mediator, Beisitzer der Vergabekammern Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz, Geschäftsführer der GHV Gütestelle Honorar- und Vergaberecht e. V., www.ghv-guestelle.de.

Dr. Alexander Petschulat, Justiziar, Beisitzer der Vergabekammer Westfalen, Leiter Rechtsreferat Ingenieurkammer-Bau Nordrhein-Westfalen, www.ikbaunrw.de.

Rechtsanwältin Davina Übelacker, Syndikusanwältin, Beisitzerin der Vergabekammer Baden-Württemberg, Geschäftsführerin Ingenieurkammer Baden-Württemberg, www.ingbw.de.