

## Tatsächlich erforderliche Kosten

# Die Vergütung nachträglicher Besonderer Leistungen!

**Ordnen Auftraggebende eine Besondere Leistung an, ist ein gesondertes Honorar fällig. Für die Höhe gelten die tatsächlich erforderlichen Kosten (§ 650c Absatz 1 BGB). Bei Abrechnung nach Stundenaufwand sind das die „echten“ Stundensätze multipliziert mit dem tatsächlichen Aufwand. Es gelten weder die im Vertrag vereinbarten noch ansonsten üblichen Stundensätze.**

**Frage 1:** Eine Planerin: Ich stelle bei Planungsbeginn fest, dass keine Bestandsaufnahme vorhanden ist, diese benötige ich aber. Hierfür haben wir im Vertrag keine Honorarvereinbarung getroffen. Wie ergibt sich das Honorar?

**Frage 2:** Ein Planer: Ich habe die Tragwerksplanung im Auftrag. Nun soll ich auch die Bewehrungsabnahme machen. Der Auftraggeber meint, dass wir dies über die im Vertrag vereinbarten Stundensätze abrechnen sollen. Diese sind jedoch unauskömmlich niedrig. Bin ich an diese gebunden?

**Frage 3:** Ein Auftraggeber: Wir wollen den Planer nach Ausführung der Bauleistung mit der Erstellung von Bestandsplänen beauftragen. In unseren Verträgen haben wir Stundensätze speziell für Leistungen aufgenommen, welche wir nachträglich anordnen. Der Planer würde die Leistung übernehmen, jedoch nicht zu diesem Stundensatz. Können wir den vereinbarten Stundensatz durchsetzen?

**Frage 4:** Ein Auftraggeber: Wir haben eine Tragwerksplanerin mit dem Aufstellen eines Standsicherheitsnachweises beauftragt. Während der Bearbeitung hat die Planerin Bedenken

angemeldet und darauf hingewiesen, dass bei einer Brücke der Nachweis von Bauzuständen, welche nicht dem Endzustand entsprechen, erforderlich ist. Das hatten wir im ursprünglichen Vertrag nicht beauftragt und auch erklärt, dass wir das für nicht erforderlich halten, jedoch auf einer funktionstauglichen Leistung bestehen. Die Planerin hat den Nachweis erstellt und verlangt dafür nun eine Mehrvergütung nach tatsächlich erforderlichen Kosten. Zu Recht?

**Vorab:** Bei allen 4 Fragen geht es um Besondere Leistungen im Sinne der HOAI. Deren Vergütung ist in der HOAI nicht verordnet. So regelt § 3 HOAI nur, was Besondere Leistungen in Abgrenzung zu Grundleistungen sind. Eine Vergütungsregelung enthält die HOAI nicht. Daher gibt es für die Vergütung von Besonderen Leistungen in der HOAI auch keine Auffangregelung, wie z. B. § 7 Absatz 1 Satz 2 HOAI, denn einen Basishonorarsatz gibt es nur für Grundleistungen (§ 6 HOAI). Die Vergütung von Besonderen Leistungen ist also nicht über die HOAI zu fassen, sondern nur über den Vertrag in Verbindung mit dem Werkvertragsrecht im BGB. Ist eine Vergütung für eine Besondere Leistung im Vertrag vereinbart,

gilt diese und das Thema ist durch. Bei den hier gestellten Fragen ist jedoch für die konkrete Leistung jedenfalls explizit keine Vergütung im Vertrag genannt. Was also gilt?

Bei allen von Auftraggebenden geforderten Besonderen Leistungen handelt es sich im rechtlichen Sinne um ein Begehren des Bestellenden für eine Änderung des vereinbarten Werkerfolgs oder für eine Änderung, die zur Erreichung des vereinbarten Werkerfolgs notwendig ist (§650b Absatz 1 Satz 1 BGB). Für die Vergütung setzt die Systematik des § 650b BGB ein, vereinfacht: der Planer erstellt ein Angebot, die Parteien verhandeln, einigen sich oder der Auftraggebende ordnet an (ausführlich Kalte/Wiesner im Deutschen Ingenieurblatt 07-08/2018, Seite 48). Die Vergütung bei Anordnungen regelt § 650c BGB. Bei Planungsleistungen ist bei Änderungsanordnungen zwar zunächst § 650q Absatz 2 BGB zu beachten. § 650q Absatz 2 Satz 1 verweist darauf, dass sich Vergütungsanpassungen nach den Entgeltberechnungsregelungen der HOAI ergeben (ausführlich Kalte/Wiesner im Deutschen Ingenieurblatt 06/2021, Seite 30 zur Frage 3). Die HOAI greift aber, wie zuvor erläutert, bei Besonderen Leistungen nicht. § 650q Absatz 2 Satz 2 lautet: „Im Übrigen gilt § 650c entsprechend“. So gilt – im Übrigen – für Besondere Leistungen also § 650c BGB. Im hier maßgeblichen § 650c Absatz 1 Satz 1 BGB heißt es: *„Die Höhe des Vergütungsanspruchs für den infolge einer Anordnung des Bestellers nach § 650b Absatz 2 vermehrten oder verminderten Aufwand ist nach den tatsächlich erforderlichen Kosten mit angemessenen Zuschlägen für allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn zu ermitteln.“* Der Wortlaut im Gesetz stellt klar, dass es um die „tatsächlichen“ Kosten geht, welche

„erforderlich“ sein müssen. Bei Besonderen Leistungen wird meist eine Vergütung nach Stundenaufwand gewählt. Diese setzt sich zusammen aus Anzahl der Stunden und Höhe der Vergütung pro Stunde. Nach § 650c BGB müssen folglich 4 Aspekte bei der Vergütung nach Stunden beachtet werden, 2 auf der Ebene der Tatsachen, 2 auf der Ebene der Erforderlichkeit:

1. Die Anzahl der Stunden muss tatsächlich angefallen sein!
2. Der Stundensatz muss tatsächlich gegeben sein!
3. Die Anzahl der Stunden muss erforderlich gewesen sein!
4. Die Höhe des Stundensatzes muss erforderlich gewesen sein!

Zu 1. muss der Planende darlegen, welche Stunden geleistet worden sind. Eine genaue Dokumentation ist erforderlich. Zu 2. hat er den tatsächlichen Stundensatz der konkret mit der Aufgabe betrauten Mitarbeitenden darzulegen, z. B. durch ein Testat des Steuerberaters. Dabei sind allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn einzurechnen. Zu 3. muss er darlegen, dass die Anzahl der Stunden auch wirtschaftlich vernünftig angefallen ist (also nicht während dieser Stunden andere Projekte bearbeitet wurden). Zu 4. muss er darlegen, dass die konkret mit der Leistung beauftragte Person erforderlich war, z. B. also die Ingenieurin und nicht der Zeichner erforderlich war. Sind alle diese vier Aspekte dargelegt, hält eine Abrechnung nach Stunden der Prüfung stand.

#### **Antwort 1:**

Eine Bestandsaufnahme ist ohne Frage eine Besondere Leistung im Sinne der HOAI. Wie vorab ausgeführt, ergibt sich die Höhe der Vergütung bei Besonderen Leistungen, deren Vergütung im Vertrag nicht geregelt ist, aus § 650c BGB und damit nach den tatsächlich

erforderlichen Kosten. Die Planerin legt also dar, wer die Bestandsaufnahme im Hause durchführen wird, mit welchem Aufwand sowie zu welchem Stundensatz und bietet das an. Kommt es nicht zur Einigung und ordnet der Auftraggebende die Leistung an, kann sie nach den tatsächlich erforderlichen Kosten abrechnen, indem sie die vier zuvor genannten Aspekte einer prüfbaren Abrechnung nach Stunden darlegt.

### Antwort 2:

Auf Nachfrage teilt der Planer mit, dass im Vertrag nur allgemein ein Stundensatz vereinbart worden ist, ohne Bezug zu einer konkreten Leistung. Demnach sieht der Vertrag keine Vergütung vor für die hier gewünschte konkrete Leistung der Bewehrungsabnahme, weder pauschal noch nach Stundensatz. Hätten die Parteien im Vertrag die Bewehrungsabnahme als Leistung und konkret für diese Leistung eine Abrechnung nach einem vereinbarten Stundensatz vereinbart, dann würde dieser gelten, eben weil vertraglich so vereinbart. Dies ist hier nicht gegeben. Die Bewehrungsabnahme ist eine Besondere Leistung, die Vergütung richtet sich also nach § 650c BGB und das sind die „tatsächlich erforderlichen“ Kosten. Soll die Bewehrungsabnahme „nach Stunden“ abgerechnet werden, ist der Planer somit nicht an die nur allgemein ohne konkreten Leistungsbezug vereinbarten niedrigen Stundensätze gebunden.

Es mag überraschen, könnte man doch annehmen, dass die Parteien mit der allgemeinen Stundensatzvereinbarung ein Vertragspreisniveau für alle Abrechnungen nach Stunden vereinbart haben. Dem ist jedoch nicht so. Es ist Wille des Gesetzgebers, dass mit der Regelung in § 650c BGB nur die tatsächlich erforderlichen Kosten gelten. Das ergibt sich aus der Begründung

zum Gesetzentwurf (BT-Ds. 18/8486), wo es heißt: *„Die Berechnung der Mehr- oder Mindervergütung wird nicht um einen sogenannten Vertragspreisniveaufaktor ergänzt. Die Anwendung dieses Faktors würde dazu führen, dass die ursprünglich einkalkulierte Gewinn- oder Verlustspanne auch bei der Berechnung der Vergütung für die Nachträge zugrunde zu legen wäre, was im Ergebnis zu einer Potenzierung der Gewinne oder Verluste der Ausgangskalkulation führen würde.“* Nach dem Willen des Gesetzgebers haben bei der Vergabe im Wettbewerb erzielte Vorteile keinen Bestand bei angeordneten Änderungen. Es gibt kein Fortschreiben eines Vertragspreisniveaus. Auch eine eventuelle Üblichkeit soll keine Rolle spielen. So heißt es in der Gesetzesbegründung (BT-Ds. 18/8486) auch: *„Die Mehr- oder Mindervergütung soll nicht auf der Grundlage der für die geänderte Bauleistung insgesamt „üblichen Vergütung“ im Sinne des § 632 berechnet werden.“* Es greifen vielmehr die tatsächlich erforderlichen Kosten, wie sich aus dem Wortlaut des § 650c BGB ergibt.

### Antwort 3:

Auch Bestandspläne sind ohne Frage Besondere Leistungen. Werden diese nachträglich über § 650b BGB vom Auftraggeber angeordnet, gilt hier für die Vergütung § 650c BGB. Im vorliegenden Fall hat der Auftraggeber zwar eine allgemeine vertragliche Klausel in der Art aufgenommen, dass vereinbarte Stundensätze auch für solche Leistungen gelten sollen, welche angeordnet werden. Solche Klauseln sind bereits aus den aktuellen RBBau-Vertragsmustern (z. B. RBBau, Richtlinien für die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes, Stand 10.05.2021, Vertragsmuster Technische Ausrüstung, Stand 21.12.2020) bekannt. Die so vertraglich

vereinbarten Stundensätze dürften jedoch als Preisnebenabreden der AGB-Kontrolle (AGB = Allgemeine Geschäftsbedingungen, §§ 305 ff BGB) unterliegen und nach weit überwiegender Meinung in der Literatur keinen Bestand haben, weil sie mit dem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung in § 650c BGB unvereinbar sind (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB). So würde eine allgemeingültige Klausel – je nach vereinbarten Stundensätzen – dazu führen, dass der Planer automatisch weniger oder mehr als die tatsächlich erforderlichen Kosten erhält. Wie bei Frage 2 gilt, dass ein nicht für eine konkrete Leistung vereinbarter Stundensatz nicht greift, sondern vielmehr die tatsächlich erforderliche Vergütung nach § 650c BGB. Beachtet der Planer die zuvor genannten vier Aspekte, kann er mit seinen tatsächlichen Stundensätzen abrechnen.

**Antwort 4:** Auf Nachfrage erklärt der Auftraggeber, dass er nicht erklärt hat, der Nachweis solle selbst dann nicht erstellt werden, wenn dies zur Funktionsuntauglichkeit des Werkes führe. Die Planerin hat hier einen Anspruch auf die begehrte Mehrvergütung. Zwar definiert grundsätzlich der Auftraggeber das Planungssoll, indem er die erforderlichen Leistungen beauftragt. Wenn er jedoch auf Bedenkenhinweise darauf besteht, dass ein funktionstaugliches Werk – hier ein Standsicherheitsnachweis – erstellt werden soll und dazu besondere Leistungen – hier ein Nachweis von besonderen Bauzuständen – erforderlich

sind, dann schuldet er für diese auch eine Mehrvergütung. Dies gilt selbst dann, wenn er ausdrücklich erklärt, keine zusätzlichen Leistungen beauftragen zu wollen. Die Planerin hat hier verantwortungsvoll gehandelt und auf die Erforderlichkeit der Leistung für den Erfolg hingewiesen. Wollte der Auftraggeber eine Zahlungspflicht verhindern, so hätte er erklären müssen, der Nachweis solle selbst dann nicht erstellt werden, wenn dadurch der Standsicherheitsnachweis unbrauchbar wird. In diesem Fall hätte er jedoch den Standsicherheitsnachweis als unbrauchbare Leistung vergüten müssen.

**Fazit:**

Besondere Leistungen, die Auftraggebende anordnen und für die es im Vertrag keine konkrete Leistungs- und Vergütungsvereinbarung gibt, sind nach § 650c BGB zu vergüten. Es gilt kein fortzuschreibendes Vertragspreisniveau von z. B. allgemein vereinbarten Stundensätzen und auch keine übliche Vergütung, vielmehr die tatsächlich erforderlichen Kosten. Der Gesetzgeber möchte mit § 650c BGB erreichen, dass Auftraggebende korrekt ausschreiben, Planende korrekt anbieten und sich gute oder schlechte Vertragspreise nicht fortschreiben (BT-Ds. 18/8486). Auftraggebende können sich in Vergabeverfahren die pauschale Abfrage und in den Verträgen die Vereinbarung von Stundensätzen ohne Bezug zu konkreten Leistungen sparen. Sie kommen nicht zum Tragen.

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](http://www.ghv-guestelle.de).

Dr. Alexander Petschulat, Justiziar, Beisitzer der Vergabekammer Westfalen, Leiter Rechtsreferat Ingenieurkammer-Bau Nordrhein-Westfalen, [www.ikbaunrw.de](http://www.ikbaunrw.de).



**GHV**

Veröffentlicht im Deutschen Ingenieurblatt, Ausgabe 09/2023, Seiten 26-28