

Zugehörige Kurzaufsätze:

- **IBR-Beitrag: Wiederholte Grundleistungen und Alternativen führen zur Anwendung der HOAI 2009**

Aufsatz - IBR 2010, 1229 (nur online)

Wiederholte Grundleistungen und Alternativen führen zur Anwendung der HOAI 2009

Langaufsatz von Dipl.-Ing. Peter Kalte, Ö.b.u.v. Honorarsachverständiger, Mannheim, und Dipl.-Betriebsw. (FH) Michael Wiesner, LL.M., RA und FA für Bau- und Architektenrecht, Bad Kreuznach

Verträge im Anwendungsbereich der HOAI, die ab dem 18.08.2009 geschlossen werden, unterliegen nicht mehr der HOAI a.F., sondern der HOAI 2009.

Inhaltsverzeichnis:

1. **Problemstellung**
2. **Vertragsgegenstand: Vorplanung als Variante oder Alternative**
3. **"Leistungen" gemäß HOAI 2009 und gemäß § 631 BGB**
4. **Vertragsgegenstand: Umbau vs. Neubau (BGH-Fall)**
5. **Anwendung des § 10 HOAI 2009 und des § 3 Abs. 2 Satz 2 HOAI 2009?**
6. **Ergebnis**

1. Problemstellung

- 1 Nachstehend wird der Frage nachgegangen, wie vor dem Hintergrund eines Ingenieurvertrags aus der Zeit bis zum dem 18.08.2009, als die HOAI a.F. galt, mit wiederholten Grundleistungen, die ab dem 18.08.2009 erbracht werden sollen, zu verfahren ist: Es ist zu klären, ob hierfür die HOAI a.F. oder die HOAI anwendbar ist.
- 2 Dies umfasst die Planung von Alternativen^{FN 1} wie auch Fälle des § 10 HOAI 2009 für die wiederholte Erbringung von Vorplanungen^{FN 2} und Entwurfsplanungen oder die wiederholte Grundleistung einer anderen Leistungsphase. Der begrifflichen Einfachheit halber wird nachfolgend meist von Wiederholungsplanungen gesprochen.
- 3 *Beispiel:*
Der Auftraggeber beauftragte einen Ingenieur bis zum 18.08.2009 mit den Leistungsphasen 1 - 5 eines Leistungsbildes. Nach dem 18.08.2009 gab es veränderte Anforderungen an die Planung für dasselbe Objekt (zum Beispiel verändertes Raumprogramm), die nicht vom Auftragnehmer zu vertreten waren. Folge war, dass ab der Vorplanung erneute Planungen - also für die Leistungsphasen 2 - 5 - erforderlich wurden.
- 4 Damit geht es um die Frage, ob die Planung von wiederholten Grundleistungen neue, eigenständige vertragliche Leistungen gemäß § 55 HOAI 2009 sind, oder ob es eine "Vertragsidentität" zwischen den Grundleistungen und den wiederholten Grundleistungen gibt, so dass die HOAI a.F. auch für die wiederholten Grundleistungen

anwendbar bleibt.

- 5 Spezielle Urteile oder Literatur zur Abgrenzung HOAI a.F. und HOAI 2009 bei der Beauftragung von planerischen Alternativen und wiederholten Grundleistungen vor und ab dem 18.08.2009 existieren soweit ersichtlich bislang noch nicht.

2. Vertragsgegenstand: Vorplanung als Variante oder Alternative

- 6 Nachstehend wird unter anderem der Begriff der Alternativen verwendet. Zur Vermeidung begrifflicher Unklarheiten wird er nachfolgend näher behandelt.
- 7 Nach der Leistungsphase 2 des § 55 HOAI a.F., ebenso nach Anlage 12 zu § 42 HOAI 2009 lit. e) schuldet der Auftragnehmer nur die Planung von Varianten, im Rahmen des bereits erteilten Auftrags. Sowohl in der alten als auch in der neuen HOAI ist die Formulierung missglückt, da dort von *"alternativen Lösungsmöglichkeiten nach gleichen Anforderungen"* die Rede ist. Gemeint sind Varianten, da es entscheidend auf den Passus *"nach gleichen Anforderungen"* ankommt^{FN 3}.
- 8 Davon zu unterscheiden sind Alternativen, also Lösungsmöglichkeiten nach unterschiedlichen Anforderungen, wenn wesentliche Abweichungen im Raumprogramm oder Funktionsprogramm vorliegen oder wenn sich das Bauvolumen durch andere Anforderungen des Auftraggebers in erheblichem Umfang vergrößern wird oder verkleinert^{FN 4}.
- 9 Erforderlich ist, dass eine neue geistige Arbeit geleistet werden muss^{FN 5}.
- 10 Bei neuer Aufgabenstellung ab dem 18.08.2009 sind Leistungen wiederholt zu erbringen, auch wiederholte Grundleistungen genannt^{FN 6}.

3. "Leistungen" gemäß HOAI 2009 und gemäß § 631 BGB

- 11 Entscheidend geht es um die Frage, welche HOAI anwendbar ist. § 55 HOAI 2009, der seit 18.08.2009 anwendbar ist, lautet:
- 12 *Die Vereinbarung gilt nicht für Leistungen, die vor ihrem Inkrafttreten vertraglich vereinbart wurden; insoweit bleiben die bisherigen Vorschriften anwendbar."*
- 13 § 55 HOAI 2009 erfordert Leistungen, die ab dem 18.08.2009 vereinbart werden, um die HOAI 2009 anzuwenden. Leistungen, die davor vereinbart wurden, unterfallen der HOAI a.F.
- 14 Aus obigem entsteht die Frage, ob wiederholte Grundleistungen neue, gesonderte Leistungen im Sinne des § 55 HOAI 2009 sind. Es ist zu klären, was in § 55 HOAI 2009 mit dem Begriff "Leistungen" gemeint ist. In § 3 Abs. 2 HOAI 2009 gibt es hierfür eine Definition:
- 15 *Leistungen, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung eines Auftrags im Allgemeinen erforderlich sind, sind in Leistungsbildern erfasst."*
- 16 Dieser Begriff der Leistungen löst den bisherigen Begriff der Grundleistungen^{FN 7} der HOAI a.F. ab.
- 17 Da die HOAI nichts darüber aussagt, was mit "Leistungen" gemeint ist, die nach § 55 HOAI 2009 vertraglich vereinbart werden können, ist nach deren Rechtsqualität zu fragen. Dabei stellt sich die Frage, ob "Leistungshandlungen" oder "Leistungserfolge" vereinbart werden. Man ist versucht anzunehmen, dass nur Leistungshandlungen gemeint sein könnten, da die (Grund-)Leistungen gemäß den Leistungsbildern der HOAI meist nur reine Handlungen, reine Tätigkeiten beschreiben. Dies spräche für dienstvertragliche Leistungen, mithin Dienstverträge, §§ 611 ff BGB.
- 18 § 55 HOAI 2009 erfasst mit seinem Leistungsbegriff Grundleistungen (HOAI 2009 § 3

Abs. 2) Besondere Leistungen (HOAI 2009 § 3 Abs. 3) als auch Andere Leistungen (HOAI 2009 § 3 Abs. 2 Satz 2). Die Amtliche Begründung zu § 55 HOAI 2009 lautet: "Der bisherige § 103 wurde als § 55 gefasst." Hieraus lässt sich ableiten, dass nicht der neue Leistungsbegriff in § 3 Abs. 2 HOAI 2009 gemeint ist, sondern eben Leistungen in einem weiteren Sinne. Denn schon § 103 HOAI a.F. sprach von "Leistungen" zu einer Zeit, als dies der Oberbegriff für Grundleistungen und Besondere Leistungen war, vgl. § 2 Abs. 1 HOAI a.F.: "Soweit Leistungen in Leistungsbildern erfasst sind, gliedern sich die Leistungen in Grundleistungen und Besondere Leistungen."

- 19 Dass der Begriff der Leistung in § 103 HOAI a.F. weiter zu verstehen war, lässt sich auch der Kommentarliteratur entnehmen, wonach begrifflich innerhalb bestimmter Leistungsbilder vollständige Leistungsphasen, einzelne Grundleistungen als auch Teilleistungen umfasst waren^{FN 8}.
- 20 Festzuhalten ist damit, dass der Begriff der "Leistungen" in § 55 HOAI 2009 nicht der gleiche ist wie der Begriff der "Leistungen" in § 3 Abs. 2 HOAI 2009, trotz Begriffsgleichheit^{FN 9}.
- 21 Mag man noch unsicher sein, ob der Begriff der Leistungen in § 55 HOAI 2009 als Oberbegriff für Grundleistungen und Besondere Leistungen rein technisch (gegebenenfalls als Leistungshandlung) zu verstehen ist, so schafft der Zusatz in § 55 HOAI 2009, wonach "Leistungen ... vertraglich vereinbart" sein müssen, Klarheit. Letztlich ist die HOAI nur reines Preisrecht und regelt die "Gegenleistung" (Vergütung) zu einer "Leistung" (Planung); es ist kein Zivilrecht wie das BGB; dazu ist der HOAI-Verordnungsgeber nicht ermächtigt^{FN 10}.
- 22 "Leistungen", die nach § 55 HOAI 2009 "vereinbart" werden können, mithin einer vertraglichen Regelung zugänglich sind, bedürfen im Kern also einer Antwort aus dem Zivilrecht, dem BGB. Nach gefestigter^{FN 11} Meinung ist bei Ingenieur- und Architektenleistungen in der Regel von der Anwendbarkeit des Werkvertragsrechts auszugehen (BGB §§ 631 ff). Da es sich vorliegend um Werkvertragsrecht handelt, sind vertragstypische "Leistungen" dann erbracht, wenn diese abnahmefähig sind (BGB § 640)^{FN 12}. Das Werkvertragsrecht begnügt sich nicht mit Teilleistungen oder "Halbfertigem", sondern verlangt ein Werk, mithin den Erfolg aus einer konkreten Aufgabenstellung. Dies ist dann der Fall, wenn "das vertragsmäßig hergestellte Werk" erbracht ist (BGB § 640 BGB).
- 23 Die Frage ist, ob mit einer wiederholten Grundleistung eine neue Leistung vorliegt, die einer gesonderten Vereinbarung gemäß § 55 HOAI 2009 zugänglich ist. Maßgeblich ist § 631 BGB. Dieser lautet:
- 24 *(1) Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.*
(2)
- 25 Was ist das "versprochene Werk"? Das Werk wird definiert durch den Vertrag als Rechtsgeschäft. Unter Rechtsgeschäft versteht die Rechtsprechung und Literatur ein rechtstechnisches Mittel zur Verwirklichung der Privatautonomie; es besteht aus einer oder mehreren Willenserklärungen, die allein oder in Verbindung mit anderen Tatbestandsmerkmalen eine Rechtsfolge herbeiführen, weil sie gewollt ist^{FN 13}.
- 26 Der gewollte Werkerfolg ergibt sich aus der Aufgabenstellung. Durch die Klärung der Aufgabenstellung^{FN 14} des Auftraggebers und die Definition derselben, das Planungsziel, entsteht dann ein Planungsergebnis^{FN 15}. Die Aufgabenstellung, das Planungsziel, ist dem Planervertrag und der Auslegung seines Leistungsumfangs zu entnehmen^{FN 16}. Aus dieser Aufgabenstellung entwickelt der Planer seine Pläne.

- 27 Eine neue Aufgabenstellung kann sich für den Planer ergeben, weil es sich der Auftraggeber^{FN 17} anders überlegt hat (geändertes Raumprogramm), oder weil Dritte zu einer veränderten Aufgabenstellung zwingen, zum Beispiel eine Behörde oder eine Änderung von Normen. Denn nach der ständigen Rechtsprechung des BGH schuldet der Objektplaner^{FN 18}, der sich zur Erstellung einer Genehmigungsplanung verpflichtet, als Werkerfolg eine dauerhaft genehmigungsfähige Planung^{FN 19}.
- 28 *Beispiel:*
Die Denkmalschutzbehörde meldet sich mit zusätzlichen Anforderungen an die Planung.
- 29 Obiges Beispiel kann auf ein Versäumnis des Planers zurückzuführen sein, da er erst hätte abwarten müssen, bis sich die Denkmalschutzbehörde abschließend meldet. Daher muss zunächst ausgeschlossen werden, dass der Planer dies nicht zu vertreten hat, mithin nicht mangelhaft als "vorausseilender Planer" wirkte. Keine neue Aufgabenstellung (oder Alternative) läge somit vor, wenn die bisherige Planung (zeitlich) mangelhaft war. Nimmt man die HOAI, obwohl an sich nur Preisrecht, auch als Auslegungshilfe^{FN 20} für die vertraglichen Leistungspflichten, ist darauf hinzuweisen, dass bereits nach § 15 oder 55 HOAI a.F., Leistungsphase 2 auch Vorverhandlungen mit Behörden stattzufinden haben, um die Genehmigungsfähigkeit zu klären^{FN 21}.
- 30 War der Auftraggeber sich darüber im Klaren, dass dies stattfand, die Denkmalschutzbehörde aber eine zeitnahe Antwort schuldig blieb und der Auftragnehmer dennoch mit der Planung fortfahren sollte, hat der Auftraggeber bewusst ein Risiko übernommen, dass die Denkmalschutzbehörde (verspätet) andere Vorgaben machen könnte. In diesem Fall kann man dem Planer keinen Vorwurf machen, er habe eine (zeitlich) mangelhafte Planung erbracht^{FN 22}.
- 31 Das, was ursprünglich von Auftraggeber und Auftragnehmer übereinstimmend gewollt war, ist mit der späteren Aufforderung, eine Alternative oder wiederholte Grundleistung zu planen, verlassen worden. Es liegt dann ein neues Werk als Vertragsgegenstand vor. Ist die ursprüngliche Aufgabenstellung bis zur Leistungsphase 2 oder Leistungsphase 3 erbracht, ist eine getrennte Leistung abgeschlossen und die bis dahin erbrachten Leistungen sind abnahmefähig, wenn das Werk vertragsgemäß ist. Liegt durch eine Alternative eine hierzu wesentlich unterschiedlich Aufgabenstellung vor (= Werk), so ist diese auch getrennt abnahmefähig.
- 32 Die Prüfung, ob eine Leistung/Werk ordnungsgemäß erbracht ist, ist nur anhand der jeweiligen Aufgabenstellung möglich. Ist die Aufgabenstellung eine wesentlich andere, liegen getrennte Leistungen vor; Näheres hierzu nachfolgend.
- 33 Wären Alternativen vertragsrechtlich nicht getrennt vom ursprünglichen Vertrag zu betrachten, hätte es eine Vertragspartei in der Hand, den Anwendungsbereich der HOAI dadurch beliebig auszudehnen, obwohl sich die später gewünschte Alternative vom ursprünglichen "Werk" gemäß § 631 BGB schon weit entfernt hat.
- 34 Alternativen oder Mehrfachplanungen schuldet der Auftragnehmer im Rahmen seines ursprünglichen Auftrags nicht^{FN 23}. Ein Auftragnehmer ist nicht verpflichtet, vom Auftraggeber einseitig angeordnete Planungsänderungen kostenfrei auszuführen; eine Ausnahme bilden Varianten gemäß Leistungsphase 2. Der Auftraggeber hat also kein grenzenloses Leistungsbestimmungsrecht, der Auftragnehmer kann Zusatzvergütung verlangen^{FN 24}. Wenn ohne gesonderten (schriftlichen) Auftrag mit Zusatzvergütung der Auftragnehmer wiederholte Grundleistungen verweigern darf^{FN 25}, kann für Alternativen nichts anderes gelten. Beide, Alternativen oder allgemein wiederholte Grundleistungen, sind jeweils Leistungen über den ursprünglichen Auftrag hinaus. Liegt eine neue Alternativplanung vor, steht dem Auftragnehmer insoweit ein zusätzliches Honorar zu^{FN 26}.

- 35 Beleg hierfür mag auch § 2 Nr. 6 VOB/B sein (jetzt VOB/B 2009 § 2 Abs. 6). Der BGH^{FN 27} entschied zu § 1 Nr. 4 VOB/B, der mit § 2 Nr. 6 VOB/B, Zusätzliche Leistungen, als Vergütungsfolge korrespondiert. § 1 Nr. 4 VOB/B regelt die Zulässigkeit von Leistungsänderungen im Rahmen eines abgeschlossenen Bauvertrags mit darin fest definiertem Leistungsumfang. Kommt es bei einem Bauvorhaben dazu, dass zusätzliche Leistungen notwendig werden, kann der Auftraggeber deren Ausführung verlangen und der Auftragnehmer dementsprechend eine zusätzliche Vergütung. Dies erfordert nach dem BGH einen gesonderten Vertrag/Nachtrag, über den der Auftraggeber zu entscheiden hat. Thema dieser Entscheidung war dabei auch, dass der öffentliche Auftraggeber für einen gesonderten Auftrag überdies seine kommunalen Formvorschriften zu beachten hat, wie bei jedem anderen Vertrag auch.
- 36 Damit sind Alternativen und wiederholte Grundleistungen vertragsrechtlich getrennt vom ursprünglichen Auftrag zu bewerten und somit unterschiedliche "Leistungen" im Sinne des Werkvertragsrechts (BGB §§ 631 ff) und damit auch im Sinne von § 55 HOAI, so dass die HOAI 2009 im Ausgangsfall gemäß obiger Ziffer 1, Problemstellung, anwendbar ist.

4. Vertragsgegenstand: Umbau vs. Neubau (BGH-Fall)

- 37 Soweit ersichtlich gibt es kein vergleichbar klares Urteil zur Abgrenzung von Varianten und Alternativen mit Bezügen zu werkvertraglichen Pflichten. Da sich der BGH zur Konstellation Umbau vs. Neubau klar und deutlich äußerte, dürfte dieser Fall als vergleichbar einzuschätzen sein und wird wiedergegeben. Ursprünglich vereinbarten die Parteien eines Architektenvertrags einen Umbau als Vertragsgegenstand und somit als Aufgabenstellung. Später stellte sich heraus, dass ein Umbau keinen Sinn machte und der Planer sollte nun einen Neubau planen. Dies ist eine andere Aufgabenstellung. Es wird ein anderes Werk im Sinne des § 631 BGB geschuldet. Das Urteil zeigt klar die werkvertraglichen Folgen auf, was vertraglich geschuldete Leistung ist und was nicht. Denn auf den gleichen Begriff der "Leistung" kommt es schließlich auch in § 55 HOAI an.
- 38 Der BGH^{FN 28} entschied, dass nach ursprünglich beauftragtem Umbau, Sanierung und Erweiterung der Weimar-Halle in Weimar der spätere Entschluss des Auftraggebers, nun einen Neubau zu planen, nicht vom ursprünglichen Vertragsgegenstand umfasst war. Der BGH führt aus:
- 39 *"Es ist unerheblich, dass die Kläger^{FN 29} sich geweigert haben, einen Neubau zu planen. Die Planung und Durchführung einer Neuerrichtung schuldeten die Kläger nicht. Die Kläger haben es in dem mit der Beklagten geschlossenen Vertrag übernommen, den von ihnen im Rahmen des Wettbewerbs eingereichten Entwurf zu verwirklichen, der die Erhaltung der vorhandenen Bausubstanz vorsah. Die Honorarvereinbarung der Parteien ist auf die Planung und Durchführung eines Umbaus abgestimmt. Ein Neubau ist ein anderes Werk als ein Umbau. Unerheblich ist es, dass sich der Anteil der zu erhaltenden Bausubstanz nach dem Vortrag der Beklagten, der in der Revisionsinstanz zu unterstellen ist, während der Ausführung des Werks bereits erheblich verringert hatte und die Kläger ihre Planung insoweit angepasst hatten. Maßgeblich für die Bestimmung der vereinbarten Leistungspflicht der Kläger sind die übereinstimmenden Vorstellungen der Parteien beim Vertragsschluss. Zu diesem Zeitpunkt haben die Parteien nicht damit gerechnet, dass ein vollständiger Abriss der W.-Halle erforderlich werden würde."*
- 40 Das heißt in obigem Fall, dass ein anderer Vertragsgegenstand gegeben ist und es daher eines neuen Vertrags bedurfte. Liegt ein neuer Vertrag ab dem 18.08.2009, ist die HOAI 2009 anwendbar.

- 41 Dies lässt sich ohne Weiteres auf die Abgrenzung von Alternativen innerhalb der Leistungsphase 2 übertragen, da auch dort die übereinstimmenden Vorstellungen der Parteien von dem zu planenden Werk jeweils andere sind.

5. Anwendung des § 10 HOAI 2009 und des § 3 Abs. 2 Satz 2 HOAI 2009?

- 42 Nachdem sich aus vorstehendem ergibt, dass eine Wiederholungsplanung ein gesonderter, neuer Vertrag ist, auf den die HOAI anwendbar ist, ist nach der Anwendung der HOAI für den eingangs erwähnten Fall zu fragen. Ist § 10 HOAI anwendbar, wenn die Parteien einen Vertrag vor dem 18.08.2009 schlossen und ab dem 18.08.2009 für dasselbe Objekt eine veränderte Aufgabenstellung vereinbaren? Dasselbe Objekt ist nicht mehr gegeben, wenn statt eines Bürogebäudes nun ein Hotel geplant und gebaut werden soll^{FN 30} oder übertragen auf Ingenieurbauwerke, wenn zunächst eine Kläranlage, dann nur noch eine Pumpstation, zunächst ein Freigefällekanal, dann eine Druckentwässerung oder übertragen auf Verkehrsanlagen zunächst eine Ampelkreuzung, dann ein Kreisverkehr geplant werden soll. In solchen Fällen ist § 10 HOAI 2009 nicht mehr anwendbar und eine Honorarminderung hiernach nicht mehr möglich.
- 43 § 10 HOAI 2009 behandelt den Fall mehrfacher Vorplanungen und Entwurfsplanungen für dasselbe Objekt, die als wiederholte Grundleistungen anzusehen sind. Liegt ein solcher Wiederholungsfall vor, ermäßigt sich das Wiederholungshonorar bei der Berechnung des Honorars. Es sind *"die anteiligen Prozentsätze der entsprechenden Leistungen vertraglich zu vereinbaren."* Das heißt, dass die Honorarparameter der HOAI wie anrechenbare Kosten, Honorarzone, Honorartafel und die Prozentsätze der erbrachten Leistung auch für § 10 HOAI heranzuziehen sind^{FN 31}. Die Besonderheit im vorliegenden Fall besteht nun darin, dass der ursprüngliche Vertrag unter die HOAI a.F. fällt und die Neuplanung unter die HOAI 2009. Zudem ist die Rechtsfolge nach der HOAI a.F. ein 50%-Honorar für die Wiederholungsplanung, während nach § 10 HOAI 2009 kein exakter Prozentsatz vorgegeben ist.
- 44 Die Honorarminderungsvorschrift des § 10 HOAI 2009 erfordert nach einigen Kommentaren einen einheitlichen Auftrag^{FN 32}. Dem Wortlaut des § 20 HOAI a.F. und des § 10 HOAI n.F. ist dieses zusätzliche, ungeschriebene Tatbestandsmerkmal nicht zu entnehmen. Der Kommentar von Locher/Koebler/Frik führt selbst aus, dass es *"unklar"* sei, ob dies wirklich eine Voraussetzung ist, oder ob auch ein späterer neuer Auftrag (Werkvertrag) für dasselbe Bauvorhaben in engem zeitlichen Zusammenhang genügt. Letztlich wird aber von den o.g. Kommentatoren vertreten, dass ein einheitlicher Auftrag erforderlich ist.
- 45 Ob dies so vor dem Hintergrund des Wechsel HOAI a.F. zur HOAI 2009 weiter haltbar ist, erscheint fraglich, wenn es letztlich um das gleiche Objekt geht und äußere Umstände wie die Schaffung einer neuen HOAI dafür verantwortlich sein sollen, ob es eine Honorarminderung gibt oder nicht.
- 46 Fraglich ist dies ohnehin schon deshalb, da eine neue Planung mit neuer Aufgabenstellung werkvertraglich ein ganz neues Werk gemäß § 631 BGB darstellt und damit Leistungen eines neuen Vertrags darstellen, siehe oben. Die Ansicht der Kommentare passt nicht zu den oben genannten Urteilen, die zum Beispiel bei wiederholten Grundleistungen, worunter auch Alternativen in Leistungsphase 2 zählen, eigene Vergütungsansprüche annehmen. Dies setzt wiederum eigene (nach-)vertragliche Anspruchsgrundlagen voraus.
- 47 Die Honorarfindung muss anhand des § 10 HOAI 2009 erfolgen, auch wenn der ursprüngliche Vertrag der HOAI a.F. unterliegt, denn der neue Auftrag unterliegt, wie

oben hergeleitet, der HOAI 2009. Wenn nach hiesiger Ansicht § 10 HOAI 2009 auch darauf Anwendung findet, dass eine Wiederholungsplanung ab dem 18.08.2009 eine ursprüngliche Planung aus der Zeit vor dem 18.08.2009 abändert, so gilt dies entsprechend auch für § 3 Abs. 2 Satz 2 HOAI 2009.

- 48 Problematisch ist nun § 3 Abs. 2 Satz 2 HOAI 2009, der sog. *"andere Leistungen"* regelt, *"die durch eine Änderung des Leistungsziels, des Leistungsumfangs, einer Änderung des Leistungsablaufs oder anderer Anordnungen des Auftraggebers erforderlich werden"*. Solche Leistungen würden kraft Fiktion^{FN 33} des § 3 Abs. 2 Satz 2 HOAI 2009 nicht von den Leistungsbildern erfasst und "sind ... frei zu vereinbaren und zu vergüten". Der § 3 Abs. 2 Satz 2 HOAI 2009 wird für vorrangig vor § 10 HOAI 2009 gehalten; denn die HOAI-Novelle 2009 räume der Parteivereinbarung Vorrang ein^{FN 34}. Dies ist sowohl von Tatbestandsseite wie auch von Rechtsfolgenseite problematisch. Während bei § 10 HOAI 2009 eine Bindung an die HOAI-Honorarparameter besteht^{FN 35}, ist die gleiche Leistung gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2 HOAI 2009 völlig losgelöst von der HOAI frei vereinbar. Letztlich darf dies unseres Erachtens aber nicht zu Mindestsatzunterschreitungen über § 3 HOAI 2009 führen. Wenn die Vertragsfreiheit nach der HOAI nun eine so große Rolle spielen soll, fragt sich, welche Bedeutung gesetzliches Preisrecht noch hat? L'art pour l'art?
- 49 Zudem führt die Formulierung *"sind zu vereinbaren"* zu einem Ausschluss des § 10 HOAI 2009, da das "sind" oder im Singular "ist" als Muss zu lesen ist. Locher/Koebler/Frik^{FN 36} meint, § 10 HOAI 2009 habe Bedeutung nur insoweit, als grundsätzlich verschiedene Anforderungen vorliegen und die Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 Satz 2 HOAI 2009 nicht vorliegen. Das ist unseres Erachtens nicht ganz richtig, da sich die *"grundsätzlich verschiedenen Anforderungen"* des § 10 HOAI 2009 begrifflich mit *"Änderung des Leistungsziels, des Leistungsumfangs, ... oder anderer Anordnungen"* des § 3 Abs. 2 Satz 2 HOAI 2009 überschneiden können.

6. Ergebnis

- 50 Werden Wiederholungsplanungen (Alternativen oder wiederholte Grundleistungen) vor dem Hintergrund einer wesentlich andersartigen Aufgabenstellung verlangt, liegt insoweit ein neuer Vertrag vor. Erfolgt der Auftrag dazu nach dem 18.08.2009, unterliegt die Vergütung der HOAI 2009.
- 51 Im Ergebnis kann auch dahin stehen, ob die Leistungsphase 2 von demselben oder von verschiedenen Auftragnehmern erbracht wird.

Fußnoten:

- 1 ↑ Im Unterschied zu Varianten der Leistungsphase 2 der jeweiligen Leistungsbilder der HOAI.
- 2 ↑ In § 10 HOAI 2009 als "Vorentwurfsplanung" bezeichnet, obwohl zum Beispiel Anlage 11, Leistungsbild Gebäudeplanung, von "Vorplanung" spricht, wie auch andere Leistungsbilder.
- 3 ↑ Korbion/Mantscheff/Vygen, 7. Auflage, § 15 Rz. 47; Kalte/Wiesner im DIB Deutsches Ingenieurblatt 08/2005.
- 4 ↑ vgl. Locher/Koebler/Frik, 10. Auflage, § 33 Rz. 56.

- 5** ↑ Vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 26.07.2000 - 22 U 23/00, BauR 2000, 1889.
- 6** ↑ Hierzu Werner/Pastor, Der Bauprozess, 12. Auflage, dort Rz. 865 ff; BGH, Urteil vom 26.07.2007 - VII ZR 42/05 = IBR 2007, 563.
- 7** ↑ Nach unserer Ansicht schafft die Abkehr vom Begriff der Grundleistungen in der praktischen Anwendung eher Probleme, da in der praktischen Anwendung Unklarheiten entstehen können, wenn der Auftraggeber "mangelhafte Leistungen" des Planers rügt. Meint der Auftraggeber dann nur die Grundleistungen oder auch die Besonderen Leistungen? Daneben kennt die HOAI nun auch sog. "andere Leistungen" gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2 HOAI 2009, wonach eine freie Honorarvereinbarung möglich ist, was insgesamt auch Schwierigkeiten bereitet, wenn diese anderen Leistungen wiederholte Grundleistungen sind.
- 8** ↑ Locher/Koebler/Frik, 9. Auflage, § **103** HOAI Rz. 18; Korbion in: Korbion/Mantscheff/Vygen, 7. Auflage, § 103 Rz. 2.
- 9** ↑ Auch dies spricht dafür, in einer neuen HOAI-Reform den unterscheidbaren Begriff der Grundleistungen wieder einzuführen.
- 10** ↑ Gesetz zur Verbesserung des Mietrechts und zur Begrenzung des Mietanstiegs sowie zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen (MRVG).
- 11** ↑ Daher wird auf Nachweise verzichtet.
- 12** ↑ Sprau in: Palandt, 2010, 69. Auflage, vor § **631** BGB, Rz. 1.
- 13** ↑ Ellenberger in: Palandt, 69. Auflage 2010, vor § **104** BGB, Rz. 2.
- 14** ↑ Vgl. Leistungsphase 1; dies ist nicht zu verwechseln mit dem "Entwickeln" der Aufgabenstellung auf Basis einer Bedarfsplanung, zum Beispiel nach DIN 18205. Die Vergütung der Bedarfsplanung durch den Planer muss außerhalb der HOAI, also gesondert, erfolgen.
- 15** ↑ Vgl. Meurer, BauR 2004, 904, 906.
- 16** ↑ Vgl. BGH, BauR 1997, 154.
- 17** ↑ Seifert in: Korbion/Mantscheff/Vygen, 7. Auflage, § 20 Rz. 6 f und 9 m. w. Nachw.; Rz. 12a: Veranlassung des Auftraggebers liegt auch vor, wenn eine neue Planung das Ergebnis gemeinsamer Überlegungen von Auftraggeber und Planer sind.
- 18** ↑ Gebäudeplaner, Planer einer Verkehrsanlage oder eines Ingenieurbauwerks.
- 19** ↑ BGH, BauR 1999, 1195 ff, 1196; BGH, BauR 2001, 785 ff, 787; BGH, BauR 2002, 1872 ff, 1873.
- 20** ↑ Vgl. BGH, Urteil vom 26.07.2007 - VII ZR 42/05; BauR 2007, 1761; siehe auch Locher/Koebler/Frik, 10. Auflage 2010, § 33 HOAI Rz. 17 m. w. Nachw.
- 21** ↑ Vgl. hierzu Korbion/Mantscheff/Vygen, a. a. O., § 20 Rz. 12.
- 22** ↑ Ebenso, ausführlich Korbion/Mantscheff/Vygen, a. a. O.

23 ↑ Korbion in: Korbion/Mantscheff/Vygen, a. a. O., § 15 Rz. 47; Jochem § 15 Rz. 19;
Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath, 8. Auflage, § 15 Rz. 9

24 ↑ Vgl. BGH, Urteil vom 26.07.2007 - **VII ZR 42/05**; **BauR 2007, 1761**.

25 ↑ Vgl. OLG Oldenburg, Urteil vom 10.06.2003 - **2 U 13/03**, **IBR 2004, 432**.

26 ↑ Vgl. Locher/Koeble/Frik, a. a. O. § 10 Rz. 7 ff, 19 ff.

27 ↑ BGH, Urteil vom 27.11.2003 - **VII ZR 346/01** = **BauR 2004, 495**.

28 ↑ BGH, Urteil vom 16.12.2004 - **VII ZR 16/03**, **BauR 2005, 735**.

29 ↑ Kläger waren die Architekten.

30 ↑ Locher/Koeble/Frik, a. a. O. § 10 Rz. 8, 24 m. w. Nachw. und weiteren Einzelfällen.

31 ↑ J. Schmidt, BauR 2000, 51; Locher/Koeble/Frik, a. a. O. § 10 Rz. 15.

32 ↑ Locher/Koeble/Frik, a. a. O. § 10 Rz. 34; Jochem, HOAI-Kommentar, 4. Auflage, 1998, § 20 Rz. 1; Korbion/Mantscheff/Vygen, a. a. O. § 20 Rz. 3

33 ↑ Unseres Erachtens ist hier eine solche Fiktion gegeben; vgl. Anhaltspunkte hierfür bei Locher/Koeble/Frik, a. a. O. § 3 Rz. 15, wonach (zutreffend) mit "andere Leistungen" an sich Leistungen aus einem der Leistungsbilder gemeint sind. Dennoch heißt es in § 3 Abs. 2 Satz 2, dass solche Leistungen nicht von den Leistungsbildern erfasst seien.

34 ↑ Locher/Koeble/Frik, a. a. O., Rz. 41.

35 ↑ J. Schmidt, BauR 2000, 51; Locher/Koeble/Frik, a. a. O. § 10 Rz. 15.

36 ↑ Locher/Koeble/Frik a. a. O. § 10 Rz. 41

(Aufsatz online seit 22.09.2010)