

Merkblatt

HONORAR FÜR LEISTUNGEN BEI DER BAUOBERLEITUNG UND BEI DER ÖRTLICHEN BAUÜBERWACHUNG BEI EINEM AUFTRAGNEHMER

Fragestellung:

Auftraggeber vertreten vereinzelt die Auffassung, dass der Vomhundertsatz für die Leistungsphase 8 des § 42 Abs. 1 HOAI oder § 46 Abs. 2 HOAI (Bauoberleitung) dann „deutlich“ zu kürzen sei, wenn die Bauoberleitung und die örtliche Bauüberwachung nach Anlage 2.8.8 HOAI demselben Auftragnehmer übertragen werden. Sie begründen dies damit, dass die nach Anlage 12 zu § 42 Abs. 1 und § 46 Abs. 2 HOAI zu erbringende Einzelleistung „Aufsicht über die örtliche Bauüberwachung“ nur dann möglich sei, wenn Bauoberleitung und örtliche Bauüberwachung getrennt vergeben werden; der Auftragnehmer könne sich nicht selbst überwachen.

Da die Überwachungsleistung bei Vergabe an einen Auftragnehmer nicht anfallen würde, sei sie auch nicht Bestandteil des einheitlichen Auftrages geworden mit der Folge, dass das Honorar für die Bauoberleitung gemäß § 42 Abs. 1 HOAI oder § 46 Abs. 2 HOAI um die wegfallenden Teile der Grundleistungen der Leistungsphase 8 nach § 8 Abs. 2 HOAI zu kürzen sei.

Antwort:

Zusammenfassend:

Erbringt ein Auftragnehmer gleichzeitig Leistungen bei der Bauoberleitung (Leistungsphase 8 nach § 42 Abs. 1 HOAI oder § 46 Abs. 2 HOAI) und bei der Örtlichen Bauüberwachung nach Anlage 2.8.8 HOAI, hat er den ungeminderten Honoraranspruch auf die in der HOAI verordneten Honorare.

Im Detail:

Lt. Anlage 12 § 42 Abs. 1 HOAI und § 46 Abs. 2 HOAI lautet der erste Teil der ersten Teilleistung der Leistungsphase 8 wie folgt:

»Aufsicht über die örtliche Bauüberwachung, soweit die Bauoberleitung und die örtliche Bauüberwachung getrennt vergeben werden, ...«

In der amtlichen Begründung zur aktuellen HOAI (BR-Ds. 395/09) findet sich kein unmittelbarer weiterer Hinweis zu dieser Regelung. Allerdings gibt diese einen ersten wichtigen Hinweis auf den nachfolgend noch genauer eingegangen wird. In der amtlichen Begründung zu § 3 HOAI heißt es:

»Absatz 2 legt fest, dass Leistungen, die zur ordnungsgemäßen Erfüllung eines Auftrages im Allgemeinen erforderlich sind, in den Leistungsbildern erfasst werden. Klarzustellen ist hier, dass nicht alle Leistungen in den Leistungsbildern grundsätzlich bei jedem Objekt zur Erreichung des Vertragsziels notwendig sind. Dieser Vorbehalt manifestiert sich im Verordnungstext durch die Worte: „Im Allgemeinen“.«

Hier wird bereits deutlich, dass es immer um die Erforderlichkeit von Leistungen geht. Im Einzelfall nicht erforderliche Leistungen, können folglich grundsätzlich nicht zu einer Honorarreduzierung führen, so auch nicht im vorliegenden Fall. Mit dem Einwand, dass sich dies nicht mehr mit dem so genannten „Teilleistungsurteil“ des BGH vom 24.06.2004 – VII ZR 259/02 vertragen, wird sich nachfolgend noch detailliert auseinandergesetzt.

Zunächst aber zum Sinn und Zweck der Regelung in der HOAI. Die wortgleiche Regelung war auch bereits in § 55 Abs. 2 HOAI a. F. Leistungsphase 8 enthalten. Die amtliche Begründung zu § 55 HOAI a. F. führt zu dieser Teilleistung aus:

»Der Teil der ersten Grundleistung von Leistungsphase 8 „Aufsicht über die örtliche Bauüberwachung“ kann nur anfallen, wenn Bauoberleitung und die örtliche Bauüberwachung getrennt vergeben werden. Diese Ergänzung wird zur Klarstellung aufgenommen.«

Das bedeutet, dass der Ordnungsgeber selbst darauf hinweist, dass diese Leistung überhaupt nur dann anfallen kann, wenn beide Leistungen an verschiedene Auftragnehmer vergeben werden. Das ist auch der Grund, warum im Verordnungstext das Wort „soweit“ enthalten ist. Es handelt sich somit um eine Leistung, die überhaupt nur dann in Auftrag gegeben werden kann, wenn Bauoberleitung und Örtliche Bauüberwachung getrennt vergeben werden. Ansonsten stellt diese Teilleistung bereits keine verordnete Leistung dar. Wird diese nicht erbracht, ist bereits aus dem Wortlaut der HOAI heraus keine Honorarkürzung vorgesehen.

Dass dies die Auffassung des Ordnungsgebers widerspiegelt, zeigt auch eine Publikation des Ministerialrats a. D. Franz Hermann Depenbrock, der damals zuständige federführende Referent im Bundeswirtschaftsministerium, im Deutschen Ingenieurblatt April 1994¹. Depenbrock beschäftigt sich in dieser Publikation ausschließlich mit der hier vorliegenden Fragestellung und führt in 4 Gründen aus, weshalb eine Kürzung nicht HOAI-konform ist. Als Grund 1 führt auch er den Verordnungstext unmittelbar an, denn das Wort „soweit“ sei tatsächlich zur Klarstellung eingefügt worden. Er führt weiter dazu aus, dass der Ordnungsgeber keine Honorarminderung beabsichtigt hätte, sonst hätte er das verordnet und führt als Beispiel die verordnete Reduzierung der Vergütung der Leistungsphase 2 bei speziellen Objekten an. Als Grund 2 führt er aus, dass der Auftragnehmer schließlich auch bei gemeinsamer Beauftragung in seinem Büro organisatorische Maßnahmen ergreifen muss, dass die Planung richtig und vertragsgemäß auf der Baustelle koordiniert und umgesetzt wird. Als Grund 3 führt Depenbrock aus, dass eine nicht vorkommende Leistung auch nicht übertragen werden kann. Als Grund 4 wird Rechtsprechung herangezogen, die unter dem Blickwinkel des so genannten Teilleistungsurteils des BGH vom 24.06.2004 – VII ZR 259/02 tatsächlich als überholt eingestuft werden könnte. Entsprechend wird der Grund 4 und die genannte Rechtsprechung dazu nicht weiter beleuchtet, sondern nachfolgend ausführlicher auf das genannte BGH-Urteil eingegangen.

Gerade die genannten Gründe 1 und 3 sind auch weiterhin ausreichend und einschlägig. Denn der Ordnungsgeber hat offensichtlich eine „Eventualposition“ verordnet, die in dem Fall einer gemeinsamen Vergabe gar keine Grundleistung darstellt. Entsprechend kann dafür auch keine Honorarreduzierung erfolgen, wenn die Eventualität gar nicht eintrifft.

Selbst wenn man aber dieses Argument dahin gestellt lässt, ist auch aus dem Teilleistungsurteil des BGH keine andere Folge abzuleiten.

¹ F.H. Depenbrock: Auftragnehmer kann das volle Honorar fordern - Keine Honorarminderung bei einer gleichzeitigen Übertragung von Bauoberleitung und Bauüberwachung, Deutsches Ingenieurblatt, April 1994 Seite 69

Das Urteil des BGH vom 24.06.2004 – VII ZR 259/02 liefert folgende Leitsätze:

»1. Der vom Architekten geschuldete Gesamterfolg ist im Regelfall nicht darauf beschränkt, dass er die Aufgaben wahrnimmt, die für eine mangelfreie Errichtung des Bauwerks erforderlich sind.

2. Umfang und Inhalt der geschuldeten Leistung des Architekten sind, soweit einzelne Leistungen des Architekten, die für den geschuldeten Erfolg erforderlich sind, nicht als einzelne Teilerfolge vereinbart worden sind, durch Auslegung zu ermitteln.

3. Eine an den Leistungsphasen des § 15 HOAI orientierte vertragliche Vereinbarung begründet im Regelfall, dass der Architekt die vereinbarten Arbeitsschritte als Teilerfolg des geschuldeten Gesamterfolges schuldet.«

Damit klärt dieses Urteil, dass vertragliche Vereinbarungen unter Bezugnahme auf ein Leistungsbild der HOAI zur Folge haben, dass die in der HOAI genannten einzelnen Grundleistungen zu erbringende Teilleistungen sind und das Erreichen des Gesamterfolges allein nicht ausreicht.

Dies trifft jedoch nicht den hier vorliegenden Fall.

Denn vertraglich kann keine Teilleistung „Überwachung der Örtlichen Bauüberwachung“ positiv vereinbart werden, um diese zum Leistungsinhalt zu machen, wenn diese Leistung erst gar nicht zum Tragen kommt.

Dem Urteil ist jedoch nicht zu entnehmen, dass auf der Honorarebene die Vergütung für nicht erforderliche Teilleistungen zu kürzen ist (zu dem Urteil siehe auch ausführlich Locher/Kooble/Frik, Kommentar zur HOAI, 11. Auflage 2012, § 8 Rdn. 25 ff.).

Ein typisches Beispiel für eine weitere (im Idealfall) nicht erforderliche Leistung bei der Bauoberleitung von Ingenieurbauwerken und Verkehrsanlagen ist das „Inverzugsetzen von ausführenden Unternehmen“. Ein Honorarabzug dürfte nicht ernsthaft in Erwägung gezogen werden, wenn die Bauoberleitung so gut abläuft, dass kein Unternehmer in Verzug zu setzen ist.

Der BGH hat in seinem Urteil darüber zu entscheiden gehabt, ob eine Honorarkürzung für das Fehlen der „Zusammenstellung der Vorplanungsergebnisse“ bei der Objektplanung zu einer Honorarkürzung führt. Hier ist gut nachzuvollziehen, dass dies eine erforderliche Leistung ist, die dann auch zu erbringen ist, wenn dies vertraglich so geregelt ist. Allerdings hat der BGH in seinem Urteil klar bestätigt, dass ein Honorar nur dann zu mindern ist, wenn der Tatbestand einer Regelung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts des BGB oder des werkvertraglichen Gewährleistungsrechts erfüllt ist. Eine solche Leistungsstörung kann weder bei der Nichtbeauftragung der Aufsicht über die Örtliche Bauüberwachung erfolgen, noch bei nicht erfolgtem Inverzugsetzen eines ausführenden Unternehmens, wenn dies zu keiner Zeit erforderlich war.

Hinzu kommt, wie anfänglich ausgeführt, dass in § 3 Abs. 2 HOAI die Grundleistungen so verordnet sind, dass diese „im Allgemeinen“ erforderlich sind. Die amtliche Begründung hierzu wurde auch bereits anfänglich dargestellt. Auch diese stellt klar, dass nicht jede Grundleistung bei jedem Objekt immer erforderlich ist. Gerade bei der Aufsicht über die Örtliche Bauüberwachung zeigt auch schon der Wortlaut der HOAI über das Wort „soweit“, dass es sich hier im Einzelfall noch nicht mal um eine übertragbare Leistung handelt. Entsprechend sind Honorarkürzungen bei gemeinsamer Beauftragung nicht HOAI-konform.

Zum Sachverhalt gibt es, so weit der GHV bekannt, nur ein Gerichtsurteil. So hat das OLG Hamm in einem Urteil vom 23.04.2010 - 19 U 12/08 (IBR 2011, 93; BauR 2010, 1782) einen Abzug von 1 % vorgenommen. Im Urteil heißt es dazu:

»Es ist jedoch bei der Bauoberleitung, Leistungsphase 8, ein Abzug von 1,5 vom Hundert vorzunehmen, und zwar 1 vom Hundert dafür, das die Bauoberleitung und Bauüberwachung an den Subplaner Dipl.-Ing. X2 vergeben wurden, dieser sich jedoch nicht selbst überwachen kann und 0,5 vom Hundert für die fehlende Teilleistung "Auflisten der Verjährungsfristen der Gewährleistungsansprüche".«

Das OLG nimmt einen Abzug von 1 % vor, begründet dies jedoch rechtlich nicht, sondern führt nur aus, dass eine Selbstüberwachung nicht erfolgen könne. Da diese Bewertung erkennbar nur am Rande unter vielen anderen Aspekten erfolgte, bewertet die GHV dieses Urteil als nicht relevant für die abschließende Beantwortung der Fragestellung.

Im Weiteren soll die Kommentarmeinung dazu analysiert werden.

Locher/Koebler/Frik, Kommentar zur HOAI, 11. Auflage 2012 gibt keine Ausführungen zu diesem Thema. Der gleiche Kommentar hat allerdings in seiner 9. Auflage zu § 57 HOAI a. F. in Rdn. 2 sehr ausführlich ausgeführt:

»Werden die Bauoberleitung (§§ 55 Abs. 2 Nr. 8) und die örtliche Bauüberwachung einem Auftraggeber übertragen, so stellt sich die Frage, ob er die Honorare für beides voll geltend machen kann. Hierbei ist Folgendes maßgebend: Bauoberleitung und örtliche Bauüberwachung stellen völlig getrennte Leistungsbereiche dar. Die Beschreibung der einzelnen Leistungen in § 55 Abs. 2 Nr. 8 bzw. § 57 Abs. 1 enthält keine Überschneidungen der beiden Tätigkeiten. Die Leistungen bei der örtlichen Bauüberwachung sind nahezu vollständig auf der Baustelle zu erbringen. Auch die Teilleistungen Führen eines Bautagebuchs und gemeinsames Aufmaß mit den ausführenden Unternehmen haben jedenfalls einen unmittelbaren Bezug zu den Geschehnissen auf der Baustelle und können dort erbracht werden bzw. zu erbringen sein. Demgegenüber sind die Leistungen der Bauoberleitung größtenteils auf die Koordinierung und die Einhaltung sowie Durchführung der vertraglichen Regelungen gerichtet. Überschneidungen können sich allenfalls insofern ergeben, als die Bauoberleitung eine „Aufsicht über die örtliche Bauüberwachung“ als Teilleistung mit sich bringt. In diesem kleinen Bereich der Bauoberleitung ist allerdings zu sagen, dass der Auftragnehmer sich selbst nicht überwachen kann. Hier würde er nicht nur in Interessenkollision geraten; vielmehr fällt für ihn hier auch doppelter Aufwand an. Lediglich in diesem Bereich ist also eine Minderung der für die Bauoberleitung in § 55 Abs. 1 Nr. 8 vorgesehenen 15% vorzunehmen. Daran ändert es nichts, dass die Tätigkeit auch in einzelnen Leistungsphasen ergebnisorientiert ist (vgl. § 5 Rdn. 10ff.; a. A. Jochem-Kaufhold § 55 Rdn. 58 und wohl auch Korbion/Mantscheff/Vygen § 55 Rdn. 8f., die keine Minderung für notwendig halten). Im Hinblick auf die Höhe der Minderung ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Aufsicht über die örtliche Bauüberwachung selbst noch nicht einmal eine vollständige Grundleistung aus Leistungsphase 8 des § 55 darstellt, sondern nur eine Teilleistung. Die Honorarminderung dürfte sich deshalb höchstens im Bereich von 1% des Gesamthonorars für die Objektplanung nach § 55 abspielen. Die Ermittlung der Höhe der Minderung im Einzelfall ist Aufgabe des Sachverständigen.«

Vorgenannter Kommentar kommt zur HOAI a. F. somit zu dem Ergebnis, dass „höchstens“ ein Abzug von 1 % gerechtfertigt sei. Die GHV teilt die Meinung, wie vor ausgeführt, nicht. Der Kommentar versäumt es, sich mit dem Wortlaut des Verordnungstextes „soweit“ auseinander zu setzen und kommt deshalb zu einem unzutreffenden Ergebnis. Offensichtlich wird diese Meinung auch „heute“ nicht mehr vertreten, denn die aktuelle Version des Kommentars gibt keine Ausführungen mehr dazu.

Korbion/Mantscheff/Vygen, Beck'sche Kurz-Kommentare hat 2010 einen Aktualisierungsband zur 7. Auflage zur HOAI-Novelle herausgegeben. Hier sind keine aktuellen Hinweise zu diesem Thema zu entnehmen. Die 7. Auflage 2009, § 55 Rdn. 9a führt aber ausführlich folgendes aus:

»Die Teilleistungen der ersten Grundleistung von Leistungsphase 8 „Aufsicht über die örtliche Bauüberwachung“ können nur dann anfallen, wenn die Bauoberleitung und die örtliche Bauüberwachung getrennt, das heißt an zwei unterschiedliche Auftragnehmer, vergeben werden. Mit der 4. ÄndVO ist der Zusatz „soweit die Bauoberleitung und die örtliche Bauüberwachung getrennt vergeben werden“ zur Klarstellung eingefügt worden.

Für die Fälle, in den die Bauoberleitung und die örtliche Bauüberwachung in einer Hand liegen und die Aufsicht über die örtliche Bauüberwachung entfällt, weil eine Selbstüberwachung dann nicht in Frage kommt, hat der Ordnungsgeber, anders als bei den Überschneidungen von Tragwerksplanungen und Objektplanung (vgl. oben Rdn. 8), keine Reduzierung des Bewertungssatzes von 15 v. H. vorgesehen und somit eine solche Reduzierung auch nicht für geboten erachtet. Der Auffassung von Locher/Koeble/Frik in § 57 Rdn. 1, dass in solchen Fällen eine Reduzierung um 1% vorgenommen werden muss, kann nicht gefolgt werden. Abgesehen davon, dass vom Ordnungsgeber hierzu eine Regelung nicht getroffen wurde, hat die entfallende Aufsicht nur einen geringen Anteil an dem Gesamtleistungsbild der Leistungsphase 8. Im Übrigen kommt es auf das mit der Leistungsphase verfolgte Ergebnis an. So ist unter anderem in der Amtlichen Begründung zu § 55 ausgeführt:

„Werden einem Auftragnehmer die Grundleistungen einer Leistungsphase mit dem Ziel übertragen, das mit der Leistungsphase verfolgte Ergebnis zu erbringen, und behält sich der Auftraggeber nicht vor, einzelne Leistungen selbst beizusteuern, so entsteht der Anspruch auf das Honorar für die Leistungsphase regelmäßig dann, wenn das Ergebnis, das mit den in der Leistungsphase erfassten Leistungen angestrebt wird, erreicht worden ist.“

Dieser Kommentar setzt sich mit der früheren Meinung von Locher/Koeble/Frik auseinander und kommt zu dem Ergebnis, dass keine Reduzierung vorzunehmen ist. Dabei wird nachvollziehbar darauf Bezug genommen, dass die 4. Änderungsverordnung mit dem Wort „soweit“ klarstellend so auszulegen ist, dass eine Beauftragung bei gemeinsamer Beauftragung erst gar nicht erfolgen kann und damit auch keine Honorarreduzierung möglich ist, bei gemeinsamer Beauftragung an ein Büro.

Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath, Kommentar zur HOAI, 9. Auflage 2011 § 42 Rdn. 86 führt hierzu aus:

»Die Einzelleistung Aufsicht über die Örtliche Bauüberwachung kann nur dann vergütet werden, wenn die Aufträge für die Oberleitung und für die Örtliche Bauüberwachung an verschiedene Ingenieurbüros vergeben wird.

Der Begriff „Aufsicht“ ist unglücklich gewählt und beinhaltet einerseits eine Vorgesetztenfunktion der Oberleitung (was im Ingenieurvertrag zu vereinbaren wäre) und ein Übernahme von Verantwortung und damit Haftung für die Leistungen der Örtlichen Bauüberwachung. Beides ist wohl grundsätzlich nicht angedacht und bei einem „gestandenen“ Bauleiter auch nicht notwendig. Die Praxis zeigt hier, lediglich, eine Koordinierungstätigkeit wie für alle weiteren fachlich Beteiligten. Der von den öffentlichen Auftraggebern

vorgenommene Abzug bei Wegfall der „Aufsichts“-funktion ist mit 1 bis 2 v. H. unangemessen hoch. Angemessen erscheint ein Abzug von maximal 0,5 v. H. «

Dieser Kommentar ist in sich un schlüssig. Im ersten Satz wird noch ausgeführt, dass die Einzelleistung nur dann vergütet werden kann, wenn eine getrennte Vergabe stattfindet. Im zweiten Absatz wird dann ohne Begründung festgestellt, dass „ein Abzug von maximal 0,5 v. H.“ angemessen erscheint.

Hartmann, Handbuch des neuen Honorarrechts (nicht vergleichbar fortgeschrieben auf die HOAI in der aktuellen Fassung), September 2007, § 55 Rdn. 76 führt zu diesem Thema sehr ausführlich aus:

»Die Formulierung „Aufsicht über die örtliche Bauüberwachung...“ resultiert ursächlich aus dem Wunsch der Kommunen, bei der Einführung der HOAI eine Trennung der Bauüberwachung nach § 15 HOAI in Bauoberleitung und örtliche Bauüberwachung vorzunehmen, um den spezifischen Bedingungen bei den öffentlichen Körperschaften hinreichend Rechnung zu tragen. Die Leistungsphase 8 (Bauoberleitung) und die örtliche Bauüberwachung (nach § 57) sind als eine Einheit ähnlich § 15 Abs. 2 Leistungsphase 8 (Bauüberwachung) zu sehen.

Diese Grundleistung führte in der früheren Formulierung der HOAI bis zum 31.12.1990 häufig zu Auffassungsunterschieden zwischen Auftraggebern und Auftragnehmern, da vielfach die Meinung vertreten wurde, der Auftragnehmer könne sich nicht selbst überwachen, wenn er auch mit der örtlichen Bauüberwachung nach § 57 betraut wird. ...

Eine Honorarkürzung in diesem Sinne scheidet aber zumindest seit der 4. ÄndV aus, weil in die erste Grundleistung der Leistungsphase 8 des § 55 der Halbsatz „soweit die Bauoberleitung und die örtliche Bauüberwachung getrennt vergeben werden“ eingefügt wurde. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass die Aufsicht über die örtliche Bauüberwachung von vornherein nur in diesem Fall infrage kommen kann. Auf diese Fallgestaltung ist § 5 Abs. 2 nicht anwendbar. Der Ordnungsfehler hat damit systematisch den gleichen Tatbestand geregelt wie z.B. in anderen Leistungsphasen des § 55, in denen ausdrücklich die Beschreibung der Grundleistung mit „bei Verkehrsanlagen“ eingeleitet wird. So wird etwa die Leistungsphase 3 bei Ingenieurbauwerken ebenso mit 30 v.H. bewertet wie bei Verkehrsanlagen, obwohl bei Ingenieurbauwerken die vorletzte Grundleistung dieser Leistungsphase gar nicht anfällt. Eine Nichtübertragung dieser Grundleistung iSd § 5 Abs. 2 ist daher nicht möglich. In der Leistungsphase 8 ist dies zwar nicht mit dieser Deutlichkeit zum Ausdruck gekommen, kann jedoch der oben wiedergegebenen amtlichen Begründung entnommen werden, weil andernfalls die beabsichtigte „Klarstellung“ ohne honorarmäßige Auswirkungen wenig verständlich wäre.

Diese besondere Situation wird im Übrigen deutlich an der Honorarsystematik. Nur in Teil VII sind die Honorare für die Bauoberleitung auf die örtliche Bauüberwachung getrennt zu ermitteln. Die Honorare für die beiden Leistungen zusammen wurden aus einer Aufteilung des Honorars nach Teil II (§ 16) entwickelt. Die Honorarstruktur wäre gebrochen, wenn bei gemeinsamer Vergabe beider Leistungen eine Honorarreduzierung möglich wäre.

Die an dieser Stelle bisher vertretene Meinung wird damit aufgegeben. Auch in der Praxis ist zu beobachten, dass öffentliche Auftraggeber vielfach eine Honorarreduzierung nicht mehr in Erwägung ziehen. Allerdings hat sich diese Ansicht noch nicht überall durchgesetzt. «

Diesen Ausführungen ist von der GHV nichts hinzuzufügen. Hier werden die Systematik und die Entwicklung dieser Regelung einleuchtend und überzeugend dargestellt. Insbesondere ist es interessant, dass der Kommentar vor der 4. Änderungsverordnung zur HOAI auch eine gegenteilige Meinung vertreten hat und über die klarstellende Ergänzung im Verordnungstext „soweit“ die Meinung geändert hat. Hier wurde offensichtlich umfassend reflektierend eine Meinung gebildet.

Jochem/Kaufhold, HOAI-Kommentar 5. Auflage 2012, § 42 Rdn. 102 führt dazu aus:

»Wird die örtliche Bauüberwachung vom Objektplaner selbst durchgeführt, besteht trotz des scheinbaren Wegfalls der Teilgrundleistung „Aufsicht über die örtliche Bauüberwachung“ der volle Honoraranspruch für die Leistungsphase fort. Dieser für die HOAI grundsätzlich – also nicht nur in diesem Fall – gültige Sachverhalt wird vom Ordnungsgeber selbst begründet:

„Werden einem Auftragnehmer die Grundleistungen einer Leistungsphase mit dem Ziel übertragen, das mit der Leistungsphase verfolgte Ergebnis zu erbringen, ..., so entsteht der Anspruch auf das Honorar für dies Leistungsphase regelmäßig dann, wenn das Ergebnis, das mit den in der Leistungsphase erfassten Leistungen angestrebt wird, erreicht worden ist. Dies gilt auch dann, wenn eine einzelne Grundleistung zur Erreichung dieses Ergebnisses ganz oder teilweise nicht erbracht werden musste.“

... Bei der Übertragung der Leistungsphase 8 und der örtlichen Bauüberwachung an einen Auftragnehmer entfällt zwar die Aufsicht über einen anderen Auftragnehmer, die anfallen würde, wenn diese Leistung getrennt an zwei Auftragnehmer übertragen würde. Die Leistung muss aber in anderer Form dennoch erbracht werden: der mit beiden Leistungen beauftragte Auftragnehmer muss durch geeignete organisatorische Maßnahmen in seinem Büro sicherstellen, dass seine Planungen auf der Baustelle richtig umgesetzt werden. Dabei bleibt es ihm überlassen, wie er das Umsetzen sicherstellt. Wenn im Übrigen bei einem Objekt eine Grundleistung ganz oder teilweise nicht erbracht werden muss, wie sie z.B. bei diesem Objekt nicht anfällt, so kommt eine Honorarminderung als Folge des Nicht-Übertragens einer nicht erforderlichen Leistung nicht in Frage. Eine nicht vorkommende Leistung kann auch nicht übertragen werden; vertraglich kann für diese Leistung daher auch nicht vereinbart werden, dass sie nicht anfällt. Daher entfällt hier und in vergleichbaren Fällen auch die Voraussetzung zur Anwendung von § 5 Abs. 2 zur Minderung des Honorars einer Leistungsphase, da dort nur „übertragene“ Leistungen erfasst sind.“

Auch dieser Kommentar setzt sich ausführlich mit der amtlichen Begründung zur HOAI auseinander und kommt zu dem Ergebnis, dass eine Honorarkürzung nicht in Frage kommt.

Irmeler, Praktikerkommentar zur HOAI 2011, § 42 Rdn. 78 führt aus:

»Es entspricht den Gesetzen der Logik, dass die Aufsicht über die örtliche Bauüberwachung nur dann erbracht werden kann, wenn die Leistungen nach § 55 Leistungsphase 8 und nach § 57 getrennt vergeben werden. Bei Personalunion beider Leistungsverpflichteten fällt sie nicht an. Es gehört jedoch zu den allgemeinen Grundsätzen der HOAI, dass ein volles Honorar für jede Leistungsphase auch dann verlangt werden kann, wenn in concreto einzelne Leistungen nicht erforderlich sind. Diese folgt aus § 3 Abs. 2, wonach die Leistungen in Leistungsbildern erfasst sind, „die zur ordnungsgemäßen Erfüllung eines Auftrags im Allgemeinen erforderlich“. Eine Kürzung des Honorars kann deshalb nicht mit dem Argument verlangt werden, dass die Leistung nicht anfällt.

Im Ergebnis wird es jedoch praktisch immer auf eine Reduzierung des Honorars hinauslaufen. Zum einen kann der Auftraggeber davon absehen, diese Teilleistung überhaupt zu beauftragen, so dass die restlichen Leistungen nach § 8 Abs. 2 Sätze 1 und 2 neu bewertet werden müssen. Zum anderen ist nicht zu übersehen, dass der Auftragnehmer, gerade weil er sich nicht selbst überwachen kann, die von ihm geschuldete Leistung nicht erbringen wird und deshalb nach den Grundsätzen der Teilerfolge-Haftung eine Minderung vorzunehmen ist.«

Dieser Kommentar ist in sich widersprüchlich. Im ersten Teil argumentiert und begründet dieser, dass eine Kürzung nicht HOAI-konform sei. Im zweiten Teil wird gegenteilig dargelegt, dass es „praktisch“ immer auf eine Kürzung hinauslaufen würde. Der zweite Teil lässt dann die Argumente im ersten Teil unberücksichtigt.

Zusammenfassend wird festgestellt, dass die Kommentare, die sich ausführlich und widerspruchsfrei mit dem Thema auseinandersetzen, zu dem Ergebnis kommen, dass eine Honorarkürzung nicht dem Verordnungstext der HOAI entspricht.

Im Ergebnis bewertet die GHV deshalb eine Kürzung nicht als HOAI-konform. Das ergibt sich aus dem Wortlaut der HOAI und der amtlichen Begründung und der überzeugenderen Kommentarmedeutung.

Wenn schon dem Grunde nach eine Kürzung nicht zulässig ist, könnte eine Auseinandersetzung mit einer Kürzung der Höhe nach entfallen. Dennoch soll auch dies genauer betrachtet werden, weil die Höhe der Kürzung, bei getrennter Leistungserbringung der Bauoberleitung und der örtlichen Bauüberwachung, bei Nichterfüllung der Leistung relevant wird.

Die genannten Kommentare von Locher/Koeble/Frick, Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath und Irmeler, die mit jeweils unschlüssiger Begründung überhaupt zu einer Kürzung kommen, geben eine Kürzung von maximal 1 % an. Locher/Koeble/Frick und Irmeler, letztgenannter auch mit Bezug auf das zitierte Urteil des OLG Hamm, geben 1 %, Pott/Dahlhoff/Kniffka/Rath geben 0,5 % als Kürzung an. Ein höherer Abzug als 1 % scheint diesen Kommentaren unrealistisch zu sein.

Auch aus den Teilleistungstabellen von Simmendinger (publiziert in dem Internet-Portal der ibr-Immobilien- und Baurecht www.ibr-online.de) ist kein anderes Ergebnis abzuleiten. Bei diesen Tabellen entsteht allein deshalb immer wieder ein Missverständnis, weil Simmendinger die Teilleistung 1 mit „Aufsicht über die örtl. Bauüberwachung“ bezeichnet und diese mit 7 bis 9,5 % bewertet. Simmendinger hat diese Bezeichnung aber nur stellvertretend für die gesamte erste Teilleistung der Leistungsphase 8 herangezogen, die vollständig lautet:

»Aufsicht über die örtliche Bauüberwachung, soweit die Bauoberleitung und die örtliche Bauüberwachung getrennt vergeben werden, Koordinierung der an der Objektüberwachung fachlich Beteiligten, insbesondere Prüfen auf Übereinstimmung und Freigeben von Plänen Dritter.«

Die Kurzfassung von Simmendinger könnte tatsächlich so verstanden werden, dass nur der erste Teil dieser Teilleistung gemeint sei. Es ist aber aus dem Zusammenhang erkennbar, dass die gesamte Teilleistung gemeint ist und diese ist nachvollziehbar in der genannten Spanne bewertet. Diese Bewertung stellt auch keine Interpretation der GHV dar. Vielmehr hat Herr Simmendinger der GHV auf persönliche Nachfrage bestätigt, dass der Text nur stellvertretend für die gesamte erste Teilleistung aufzufassen ist. Auf weitere persönliche Nachfrage hat Herr Simmendinger der GHV auch mitgeteilt, dass er selbst keine Honorarreduzierung für diese Teilleistung für angezeigt hält, wenn die Bauoberleitung und die Örtliche Bauüberwachung an einen Auftragnehmer vergeben werden.

Zusammenfassend kommt die GHV somit zu dem Ergebnis, dass keine Honorarreduzierung bei gemeinsamer Beauftragung von Bauoberleitung und Örtlicher Bauüberwachung vorzunehmen ist.

Nur in den Fällen, dass bei einer getrennten Vergabe der Auftragnehmer, der die Bauoberleitung im Auftrag hat, seiner Leistungspflicht nicht nachkommt oder in den Fällen einer Abrechnung nach Teilkündigung wäre die Teilleistung „Aufsicht über die örtliche Bauüberwachung“ grundsätzlich mit maximal 1 % zu bewerten.

Mannheim, den 05.02.2013

Dipl.-Ing. Peter Kalte, Geschäftsführer der GHV, Öffentlich bestellter und vereidigter Honorarsachverständiger, ehrenamtlicher Beisitzer der Vergabekammern Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz

Dipl.-Ing. Arnulf Feller, Sachverständiger für Ingenieur-Honorare

GHV Gütestelle Honorar- und Vergaberechte. V.
Viktoriastraße 28
68165 Mannheim

Tel: 0621 860 861-0
Fax: 0621 860 861-20

www.ghv-guetestelle.de