

D. Fieck/digitalstock

OB DIE ALTE HOAI bei bestimmten Auftragslagen angewendet werden muss oder ...

# Abrupter Schnitt

## Fünf Antworten auf die Frage, wann die alte und wann die neue HOAI angewendet werden muss

Der Übergang von der alten HOAI auf die neue HOAI ist ein abrupter Schnitt. Paragraph 55 der neuen HOAI regelt, dass sie nicht für Leistungen gilt, die vor ihrem Inkrafttreten vertraglich vereinbart worden waren, und Paragraph 7 Absatz 1 der neuen HOAI legt fest, dass sich das Honorar nach der schriftlichen Vereinbarung richtet, die die Vertragsparteien bei Auftragserteilung treffen. Der Zeitpunkt der Auftragserteilung ist somit für die Wirksamkeit der alten oder der neuen HOAI von Bedeutung. Dieser Zeitpunkt ist für den Praktiker nicht immer zweifelsfrei erkennbar. Deshalb sollen die folgenden Antworten der Gütestelle für Honorar- und Vergaberecht in Ludwigshafen Klarheit für die Vertragsparteien schaffen.

Peter Kalte | Michael Wiesner

Zu der Frage, ab wann die neue HOAI oder wie lange die alte HOAI Gültigkeit besitzen und angewendet werden müssen, sind in den letzten Wochen verschiedene Anfragen bei der Gütestelle für Honorar- und Vergaberecht in Ludwigshafen eingegangen. Die folgenden fünf sind repräsentativ, und die Antworten geben einen klaren Überblick.

**Anfrage 1:** Ein Planer hat ein Angebot vor Inkrafttreten der neuen HOAI abgegeben. Die Vertragsunterzeichnung erfolgt nach dem Inkrafttreten der neuen HOAI. Der Planer will wissen, welche HOAI gilt und ob er an sein Angebot gebunden ist.

**GHV:** In diesem Fall gilt die HOAI 2009, weil die Vertragsunterzeichnung maßgeblich ist. An das preisliche Angebot ist der Planer dann nicht gebunden, wenn es bei Anwen-

dung der HOAI 2009 zu einer Mindestsatzunterschreitung kommt; ein solcher Vertrag wäre nach Paragraph 134 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) unwirksam. Grundsätzlich wäre er allerdings dann an sein Angebot gebunden, wenn dieses die Mindestsätze nach der HOAI 2009 nicht unterschreitet. Das könnte zum Beispiel gegeben sein, wenn er in der zutreffenden Honorarzone die Höchstsätze nach HOAI 1996 angeboten hat. Aufgrund der vielen Neuregelungen in der HOAI 2009 von zum Beispiel Umbauschlag und anrechenbaren Kosten, ist beiden Parteien ohnehin zu empfehlen, den Vertrag neu zu verhandeln und erst dann zu unterzeichnen.

**Anfrage 2:** Ein Planer hat ein Angebot vor Inkrafttreten der neuen HOAI abgegeben. Die Vertragsunterzeichnung erfolgt bei seinem Auftraggeber erst nach längerer Zeit, in diesem Fall erst nach Inkrafttreten der

HOAI. Der Auftraggeber verlangte ausdrücklich, dass der Planer aber bereits vorher mit den Arbeiten beginnt. Leistungen sind nachweislich erbracht, Abschlagszahlungen sind geleistet. Er will wissen, welche HOAI zur Abrechnung seiner Leistungen gilt.

**GHV:** Diese Fallkonstellation wird der Gütestelle sehr oft vorgetragen, gelingt es doch dem öffentlichen Auftraggeber in der Praxis selten, kurzfristig einen Vertrag zu unterschreiben. Meist benötigt er aber die Leistung sofort. Gerade das Konjunkturprogramm 2 der Bundesregierung erzeugt zurzeit aufgrund der engen Zeitvorgaben viele solcher Fälle. Ist eine schriftliche Beurkundung des beabsichtigten Vertrags verabredet worden, so ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen, bis diese Beurkundung erfolgt ist (§ 154 (2) BGB). Demnach ist es zutreffend und allgemein so, dass der spätere Zeitpunkt der Unterschrift durch den Auftraggeber maßgeblich ist, somit also die HOAI 2009 (Oberlandesgericht Köln, IBR 1997, 289; Werner/Pastor Rn. 745, 750). Das einvernehmliche Tätigwerden des Planers und Abschlagszahlungen des Auftraggebers genügen dann im Zweifel für einen Vertragsschluss durch Handeln (sog. konkludenter Vertragsschluss) nicht.

Führt die Verzögerung der Unterschrift jedoch zu Einbußen für den Planer, da die HOAI 1996 besser gewesen wäre, ist das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 16. Dezember 2004 (Aktenzeichen: VII ZR 16/03) zu beachten. Danach verstößt der Auftraggeber gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB), wenn er einerseits die Unterschrift unter den Vertrag (dort mit vereinbartem Mittelsatz u.a.) verzögert, andererseits den sofortigen Beginn der Planung verlangt, aber die einvernehmliche Auftragserteilung im frühen Tätigwerden des Planers sieht (also nur Mindestsatz entgegen späterem schriftlichem Vertrag). Im entschiedenen Fall stand dem Planer daher unter anderem der höhere Mittelsatz zu. Dieses Urteil des Bundesgerichtshofs erging zu Paragraph 4 (1) HOAI 1996, der identisch mit Paragraph 7 (1) HOAI 2009 ist. Relevant kann dies zum Beispiel bei der Objektbildung (§ 11 Abs. 1 HOAI 2009) sein oder bei der weggefallenen mitverarbeiteten Bausubstanz (§ 10 (3a) HOAI 1996).

**Anfrage 3:** Ein Auftraggeber hat mit einem Planer einen Stufenvertrag vor Inkrafttreten der HOAI 2009 abgeschlossen. Stufenverträge erfolgen häufig zum Beispiel nach dem in Baden-Württemberg üblichen Handbuch für kommunale Vertragsmuster und Vergabeverfahren nach VOF (HKVM), dessen Muster (§ 3 KVM Ing/Verkehr) allerdings die Begriffe *stufenweise* und *abrufen* vermengt (abrufen ist etwas anderes, siehe nachfolgende *Anfrage 4*). Der Auftraggeber

will jetzt wissen, ob für die noch nicht gesondert beauftragten Stufen mit weiteren Leistungsphasen die HOAI 1996 oder die HOAI 2009 gilt.

**GHV:** Alle Leistungsphasen unterliegen der HOAI 1996. Nach einem Stufenvertrag werden zum Beispiel die Leistungsphase 1 bis 4 verbindlich beauftragt (Stufe 1), nicht jedoch die späteren Stufen mit weiteren Leistungsphasen. Der Planer hat daher keinen Auftrag für die späteren Leistungsphasen. Er muss sich in der Regel jedoch verpflichten, im Falle einer etwaigen Beauftragung zur Verfügung zu stehen. Charakteristisch für Stufenverträge ist also, dass der Auftraggeber die weiteren Leistungsphasen beauftragen kann (aber nicht muss), der Auftragnehmer diese ausführen muss (aber kein Recht auf Beauftragung hat), auch Option genannt. Gemäß Urteil des Bundesgerichtshofs (vom 27. November 2008, Aktenzeichen: VII ZR 211/07) ist bei einer stufenweisen Beauftragung die *schriftliche Vereinbarung bei Auftragserteilung* gemäß Paragraph 4 (1) HOAI 1996 einheitlich für alle Leistungsphasen zustande gekommen, da die weiteren Stufen unter der aufschiebenden Bedingung stehen, dass die in Aussicht genommenen Leistungen tatsächlich in Auftrag gegeben werden. Der gesonderte Auftrag für eine spätere Stufe stellt somit zwar die eigentliche werkvertragliche Beauftragung dar, hat honorarrechtlich aber das gleiche Schicksal wie die ursprünglich bereits beauftragte Stufe 1. Damit gilt für alle Leistungsphasen die HOAI 1996, auch wenn die eigentliche Beauftragung einer späteren Stufe zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu der die HOAI 2009 in Kraft getreten ist.

**Anfrage 4:** Auftraggeber und Auftragnehmer vereinbaren einen Abrufauftrag über die Leistungsphasen 1 bis 9 bevor die HOAI 2009 in Kraft tritt. Die Leistungsphasen 1 bis 4 werden jeweils isoliert vor Inkrafttreten der HOAI 2009 abgerufen, die Leistungsphasen 5 ff. jeweils isoliert danach. Der Auftraggeber möchte wissen, welche Leistungsphasen der HOAI 1996 und welche der HOAI 2009 unterliegen.

**GHV:** Alle Leistungsphasen unterliegen der HOAI 1996. Bei einem Abrufvertrag werden dem Planer bereits bei Vertragsschluss alle gewünschten Leistungsphasen verbindlich beauftragt. Offen und damit im Belieben des Auftraggebers verbleibt allein der Zeitpunkt, wann der Planer die Leistungen erbringen soll. Das hat zur Folge, dass wegen verbindlicher Beauftragung mit allen Leistungsphasen im Zeitpunkt der Gültigkeit

der HOAI 1996 alle auch nach Inkrafttreten der HOAI 2009 abgerufenen Leistungsphasen der HOAI 1996 unterliegen.

**Anfrage 5:** Ein Auftraggeber hat einen Rahmenvertrag mit einem Planer unter der Wirksamkeit der HOAI 1996 über eine Laufzeit von fünf Jahren abgeschlossen. In dem Rahmenvertrag ist zum Beispiel vereinbart, wie einzelne Teilleistungen vergütet werden, die Höhe der Stundensätze und die Nebenkosten (Einzelnach-

überlässt es, anders als der Paragraph 103 der alten HOAI nicht den Parteien, für noch nicht erbrachte Leistungen die neue HOAI zu vereinbaren.

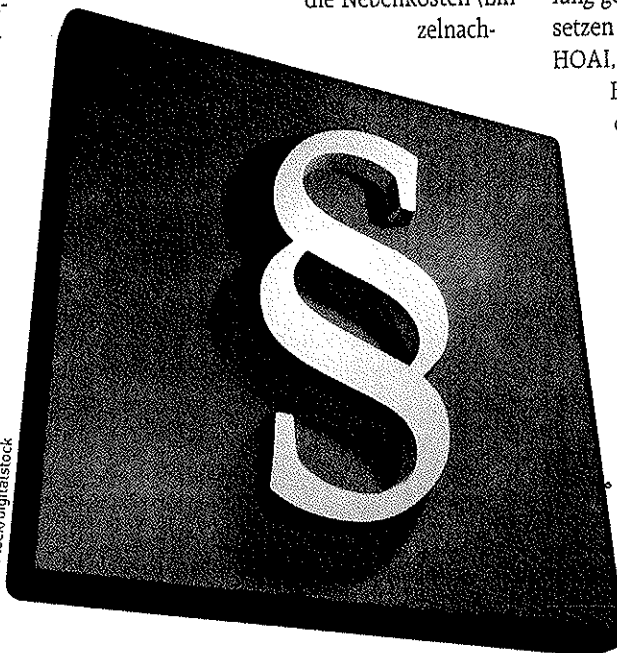
Erschwerend kommt hinzu, dass sich beide Verordnungen erheblich unterscheiden. Zu beachten ist, dass der im Allgemeinen relevante Zeitpunkt der Beauftragung gemäß Werkvertragsrecht nicht zwingend einer *schriftlichen Vereinbarung bei Auftragserteilung* gemäß HOAI (1996 oder 2009) gleichzusetzen ist. Angebote auf Grundlage der alten HOAI, die erst nach Inkrafttreten der neuen

HOAI vereinbart werden, bleiben nur dann für den Planer bindend, wenn diese auch nach der dann gültigen neuen HOAI keine Mindestsatzunterschreitung darstellen. Bei Stufenverträgen, die vor Wirksamwerden der neuen HOAI abgeschlossen wurden, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass für alle Leistungsphasen die alte HOAI gilt. Bei Abrufverträgen kommt es auf den Zeitpunkt an, in dem alle Leistungsphasen verbindlich beauftragt wurden (HOAI 1996), nicht auf den Zeitpunkt des späteren Abrufs. Bei Rahmenverträgen, die für keine konkreten Projekte Honorarvereinbarungen vorsehen, gilt die neue HOAI für noch nicht begonnene Projekte.

Den Parteien ist grundsätzlich zu empfehlen, im Vertrag Klarheit zu schaffen. Sie sollten zwingend vermeiden, die beiden HOAI-Verordnungen zu vermischen.

► Gütestelle Honorar- und Vergaberecht (GHV)  
Schillerplatz 12/14  
67071 Ludwigshafen  
Tel.: 0621/68560900  
Fax: 0621/68560901  
[www.ghv-guetestelle.de](http://www.ghv-guetestelle.de)

Anzeige



D. Fleck/digitalstock

... OB DIE NEUE HOAI schon „dran“ ist, das ist eine komplizierte Angelegenheit.

weis) sind geregelt. Der Auftraggeber will nun wissen, ob für die Laufzeit des Rahmenvertrages die HOAI 1996 gilt.

**GHV:** Der Auftraggeber hat auf Nachfrage erläutert, dass im Rahmenvertrag keine Honorare für konkrete Leistungen mit Bezug auf konkrete Projekte vereinbart sind. Der Rahmenvertrag soll dann herangezogen werden, wenn ein noch nicht bekanntes Projekt konkret zur Planung ansteht. In einem solchen Fall erfolgt die Auftragserteilung erst mit der Aufforderung des Auftraggebers, dass der Planer für ein bestimmtes Projekt unter den Konditionen des Rahmenvertrages die Arbeit beginnen soll. Dann gilt die HOAI 2009, weil dann erst die konkrete Auftragserteilung erfolgt. Dem Auftraggeber und auch den Planern, die solche Rahmenverträge haben, ist zu empfehlen, diese jetzt auf Konformität zur HOAI 2009 zu prüfen, neu zu verhandeln und ggf. neu abzuschließen.

#### Fazit:

Der Übergang von der alten HOAI auf die neue HOAI ist, anders als bei allen bisherigen Übergängen, kein sanfter, sondern ein abrupter. Der Paragraph 55 der neuen HOAI

**Die Hasenbein-Methode**  
Der Spezialist für  
**Mengenermittlung**  
**Hasenbein**  
Mengenermittlung  
Die Software für Praktiker!  
Genial einfach - In Sekunden  
prüfbare Ergebnisse  
Erleben Sie Hasenbein live:  
Nordbau 2009, Halle 5a - Stand 522  
(10.-15. Sept. 2009) oder unter:  
[www.hasenbein.de](http://www.hasenbein.de)