

PLANERRECHTS-REPORT 10/2016

Aktuelle Rechtsinformationen für Architekten, Ingenieure und ihre Auftraggeber

Wichtige Entscheidungen

Kann ein Bauunternehmen Planungsleistungen nach den Mindestsätzen der HOAI abrechnen?

Das Problem

Planungsleistungen werden nicht nur von Architekten und Ingenieuren, sondern auch von Baufirmen angeboten und erbracht. Gilt in diesem Fall das Preisrecht der HOAI?

Beispiel:

Ein Bauunternehmer wird mit Entwurfs- und Genehmigungsplanung sowie der Erstellung der Statik einschließlich Wärmeschutzberechnung für den Neubau einer Unternehmenszentrale mit Tiefgarage beauftragt. Vereinbart wird, dass der Auftrag nach den Regelungen der HOAI abgerechnet werden sollte, falls nicht der Gesamtauftrag über die Erstellung des Gebäudes erteilt werden sollte. Anderenfalls sollte der im Planungsauftrag ausgewiesene Pauschalpreis in der entsprechenden Auftragssumme enthalten sein. Nachdem sich der Bauherr wegen zu hoher Kosten gegen die Durchführung der Maßnahme entscheidet, klagt der Bauunternehmer das nach den Regeln der HOAI ermittelte Honorar ein. Zu Recht?

Die Entscheidung

Das **OLG Köln** gibt der Baufirma Recht (Urteil v. 27. 01. 2014 – Az.: 11 U 100/11). Es erinnert zunächst an die Rechtsprechung des BGH¹⁾, wonach die **HOAI nicht nur für Architekten und Ingenieure** gilt, sondern für jeden, der die darin beschriebenen Leistungen erbringt, wonach aber **Bauunternehmen** dann **nicht** an die HOAI gebunden sind, wenn sie **neben oder zusammen mit Bauleistungen** auch Planungsleistungen anbieten. Vorliegend ist kein Neben- und Miteinander von Planungs- und Bauleistungen gegeben, vielmehr liegt eine nicht eingetretene Bedingung vor. Auch wenn die hohen Kosten auf Basis des später vorgelegten Bauangebots der Baufirma dazu geführt haben, dass der Bauherr den Bauauftrag nicht erteilt hat, liegt auch nicht der Fall vor, dass die Baufirma den Eintritt der Bedingung nach § 162 BGB treuwidrig verhindert hat.

Hinweise für die Praxis

- ▶ Für die Kombination von Planungs- und Bauleistungen liegt differenzierte Rechtsprechung vor. So findet die HOAI auch auf Baufirmen Anwendung, wenn der Auftrag von vornherein nur auf Planungsleistungen beschränkt ist.²⁾ Wird ein gemischter Vertrag nach Erstellung der Pläne lediglich nicht fortgeführt, kommt die HOAI nicht zum Zuge.³⁾
- ▶ Im entschiedenen Fall war die Geltung der HOAI schon kraft vertraglicher Vereinbarung gegeben. Hätte der Auftrag keine Aussage zur Abrechnung nach HOAI enthalten, wäre das Ergebnis bei ausbleibender Bedingung – fehlende Baubeauftragung – dasselbe gewesen.

¹⁾ BGH, BauR 1997, 677 ff.

²⁾ OLG Düsseldorf, BauR 2012, 119; OLG Jena, BauR 2002, 1724; OLG Oldenburg, BauR 2002, 332.

³⁾ OLG Karlsruhe, BauR 2009, 547; OLG Köln, BauR 2000, 910.

Baurechts-Report-Seminare
jetzt auch im Internet unter
www.baurechts-seminare.de

§ 1 HOAI 2009

§§ 158 ff. BGB

Persönlicher Anwendungsbereich der HOAI

Die Mindest- und Höchstsätze der HOAI sind auf natürliche und juristische Personen anwendbar, wenn sie Architekten- und Ingenieuraufgaben erbringen, die in der HOAI beschrieben sind.

Sie sind nicht anwendbar auf Anbieter, die neben oder zusammen mit Bauleistungen auch Architekten- oder Ingenieurleistungen erbringen.

- In anderen Fällen gemischter Leistungen, wie der Kombination aus Planungs- und Baubetreuungsleistungen, kommt es nach herrschender Ansicht auf den Schwerpunkt der vertraglichen Leistungen an.⁴⁾

– RA Dr. Andreas Ebert, München –

Zum Ausschluss von indikativen Angeboten in Verhandlungsverfahren

Das Problem

Verhandlungsverfahren sind ein „dynamischer Prozess“, in dessen Verlauf Änderungen an den Vergabeunterlagen durch den Auftraggeber und Änderungen an den Angebotsinhalten durch die Bieter möglich sind. Aufgrund der Nachverhandlungsmöglichkeit stellt sich die Frage, **inwieweit ein Ausschluss wegen formaler Defizite oder inhaltlicher Abweichungen zu erfolgen hat**. Dies gilt umso mehr, wenn ein Auftraggeber zunächst **indikative Angebote fordert, auf die der Zuschlag nicht erteilt werden kann**.

Beispiel:

Der Auftraggeber schreibt **Leistungen europaweit nach VOL/A im Verhandlungsverfahren** aus. In den Vergabeunterlagen wird der Ablauf des Verfahrens dahingehend präsentiert, dass **zunächst indikative Angebote und nach Abschluss der Verhandlungsphase die finalen verbindlichen Angebote einzureichen sind**. Im Rahmen der Verhandlungen **ändert der Auftraggeber eine inhaltliche Anforderung** an die Leistungserbringung. Ein Bieter überarbeitet sein indikatives Angebot. Der **Auftraggeber hält die Überarbeitung auf Grundlage der neuen Anforderungen nicht für ausreichend und schließt das Angebot aus**.

Hiergegen geht der Bieter im Wege eines Nachprüfungsverfahrens vor.

War der Ausschluss des indikativen Angebots gerechtfertigt?

Die Entscheidung

Der Vergabesenat des **OLG Schleswig** hat im **Beschluss vom 19. 08. 2016 – Az.: 54 Verg 8/16** – auf der Grundlage des vor dem 18. 04. 2016 geltenden Rechts wie folgt entschieden:

1. Der Auftraggeber war **berechtigt, im Verhandlungsverfahren die Anforderungen zu ändern**. Solche Änderungen am Beschaffungsgegenstand sind **zulässig, solange seine Identität gewahrt bleibt**. Es entspricht dem Sinn eines Verhandlungsverfahrens, Klarheit darüber zu erlangen, was genau zu welchem Preis beschafft werden soll. Es ist das Recht des Auftraggebers, den Beschaffungsgegenstand – auch während des Verfahrens – festzulegen.
2. **Ein Ausschluss eines indikativen Angebotes** aufgrund von **Anforderungen, die erst im Laufe des Verhandlungsverfahrens vom Auftraggeber gestellt werden, kommt nicht in Betracht**. Der **Verhandlungsprozess war noch nicht abgeschlossen**, sodass der Ausschluss dem Wesen des Verhandlungsverfahrens widerspricht.
3. Zwar kann es zulässig sein, wenn ein Bieter vom Verfahren ausgeschlossen wird, weil er bereits bei der Einleitung des Verfahrens aufgestellte Anforderungen nicht erfüllt. **Im Laufe eines Verfahrens ist der Ausschluss eines Angebots in entsprechender Anwendung des § 19 EG Abs. 3 d) VOL/A a. F. aber nicht möglich, weil der Bieter sein Angebot ändern und dabei auch Mängel beseitigen kann**, sodass seine Abweichung von Vorgaben nicht als endgültige Leistungsverweigerung anzusehen ist. Erst mit der **Aufforderung zum finalen Angebot** legt der Auftraggeber die **Anforderungen** an den Beschaffungsgegenstand fest, denen das Angebot dann entsprechen muss.

Hinweise für die Praxis

- Gerade bei indikativen (= unverbindlichen) Angeboten ist die Anwendung der Ausschlussgründe bei formalen Defiziten, z. B. nach § 19 EG Abs. 3 VOL/A schwierig. Im Rahmen der indikativen Phase sollen gerade die Grundlagen für die Erstellung eines verbindlichen Angebots definiert werden. Daher überzeugt es, wenn Aus-

⁴⁾ Irmeler, HOAI-Praktikerkommentar, § 1 Rn. 15 m. w. N.

schlüsse wegen formellen Mängeln auf (letzt-) verbindliche Angebote beschränkt werden.⁵⁾

- ▶ Anerkannt ist allerdings auch, dass – auch bei indikativen Angeboten – ausdrückliche Mindestanforderungen einzuhalten sind.⁶⁾ Die Auftraggeber sind hier gehalten, den Ablauf des Verhandlungsverfahrens sowie Gründe für Ausschlüsse von indikativen Angeboten möglichst genau zu definieren, um Klarheit zu schaffen.
- ▶ Die Entscheidung erging im Verfahren über die Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (nunmehr § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB).

– RA Tilman Class, München –

Welcher Schaden ist bei einer Hinweispflichtverletzung zu erstatten?

§ 635 a. F. BGB

Das Problem

Es besteht ein Unterschied, ob mangelhaft geleistet oder eine Nebenpflicht aus dem Vertrag verletzt wird. So gelten andere Verjährungsfristen, die zu verschiedenen Zeitpunkten zu laufen beginnen.⁷⁾ Gibt es auch einen Unterschied bei dem zu ersetzenden Schaden?

Beispiel:

Das Dachgeschoss eines Gebäudes soll als Wohnung ausgebaut werden. Während des Ausbaus entschließt sich der Auftraggeber, den oberhalb des Dachgeschosses befindlichen Spitzboden ebenfalls für Wohnzwecke auszubauen. Nachdem alle Arbeiten fertig sind, zeigt sich die zu geringe Tragfähigkeit der Balken für eine Wohnnutzung, auf denen der Spitzboden angebracht ist.

Der Auftraggeber verlangt nun vom objektüberwachenden Planer Schadensersatz in Höhe der Kosten, die für die Ertüchtigung der Balken des Spitzbodens zur Wohnnutzung erforderlich sind. Der Planer habe ihn nicht auf die ungenügende Tragfähigkeit der Balken hingewiesen. Der Planer bestreitet seine Schadensersatzpflicht. Er habe den Auftraggeber auf die zu geringe Dimensionierung der Balken vor Beginn des Spitzbodenausbaus hingewiesen, wie auch auf den Umstand, dass eine Wohnnutzung des Spitzbodens öffentlich-rechtlich unzulässig sei, weil die erforderliche Mindesthöhe nicht gegeben sei. Den rechtzeitigen Hinweis kann der Planer aber nicht beweisen. Der Auftraggeber bestreitet jedenfalls den Hinweis, wie auch die fehlende öffentlich-rechtliche Zulässigkeit der Nutzung der Wohnnutzung des Spitzbodens.

Hat der Auftraggeber den geforderten Schadensersatzanspruch auf Ertüchtigung der Balken?

Die Entscheidung

Das **OLG Bamberg**⁸⁾ lehnt den Anspruch ab. Der in Betracht kommende **Schadensersatzanspruch wegen einer Nebenpflichtverletzung umfasse nicht den geltend gemachten Schaden auf Beseitigung der entstandenen Mängel**. Dieser Schadensersatzanspruch bestehe dem Grunde nach, weil nach Auffassung des Gerichtes der Auftraggeber nicht auf die unzureichende Stärke der Balken und die fehlende öffentlich-rechtliche Zulässigkeit für eine Wohnnutzung des Spitzbodens vor dessen Ausbau vom Planer hingewiesen worden sei. Der Planer habe den von ihm geschuldeten Nachweis nicht erbracht, den Auftraggeber ordnungsgemäß belehrt zu haben.

Dieser Anspruch sei **von einem Schadensersatzanspruch wegen Mängeln zu unterscheiden**. Es handele sich um unterschiedliche Streitgegenstände. **Schadensersatzansprüche wegen Mängeln** seien darauf gerichtet, den Geschädigten

Schadensersatzansprüche wegen Mängeln sind etwas anderes als die wegen einer Verletzung der Aufklärungs- und Hinweispflicht!

⁵⁾ Vgl. etwa OLG Naumburg, Beschluss vom 23. 12. 2014 – Az.: 2 Verg 5/14; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 23. 04. 2013 – Az.: 1 VK 9/13.

⁶⁾ VK Baden-Württemberg, a. a. O.

⁷⁾ Mängelansprüche, 5 Jahre beginnend mit der Abnahme (§ 634a Abs. 1 Nr. 2 i. V. m Abs. 3 BGB; Nebenpflichtverletzungen, 3 Jahre (§ 195 BGB, beginnend ab Vorliegen der Voraussetzungen in § 199 BGB, maximal aber nach den Höchstfristen in § 199 Abs. 3 BGB).

⁸⁾ OLG Bamberg, Urteil vom 18. 06. 2014 – Az.: 3 U 72/12; BGH – 15. 06. 2016 – Az.: 3 U 72/12 – Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde.

so zu stellen, wie wenn der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden sei (sogenanntes „**positives Interesse**“). Der **Anspruch wegen der Verletzung einer Aufklärungspflicht solle dagegen den Zustand herzustellen, der bei einer ordnungsgemäßen Aufklärung bestehen würde**. Dabei sei auch zu berücksichtigen, wie sich der Geschädigte bei richtigem Hinweis verhalten hätte (sogenanntes „**negatives Interesse**“). Grundsätzlich bestehe dieser Schaden in den umsonst aufgebrachtten Kosten des Ausbaus des Spitzbodens. Aufgrund der Prozessführung des Auftraggebers und des Bestreitens der öffentlich-rechtlichen Unzulässigkeit der Wohnnutzung des Spitzbodens sei aber davon auszugehen, dass der Auftraggeber auch bei erfolgtem Hinweis nicht anders gehandelt hätte. Daher fehle es auch an einem zu erstattenden Schaden.

Hinweise für die Praxis

- ▶ In dem vom OLG Bamberg entschiedenen Fall versuchte der Auftraggeber „Schadensbegrenzung“ in der Berufungsinstanz, indem er hilfsweise Erstattung des „negativen Interesses“ forderte. Dies war aber zu spät. Der Anspruch war bereits verjährt. Ferner war er aus prozessualen Gründen ausgeschlossen.
- ▶ Das OLG Bamberg hielt ferner ausdrücklich die Verpflichtung für Bauleiter fest, Auftraggeber bei Änderungswünschen auf damit verbundene Risiken und Nachteile hinzuweisen.

– RA Hilmar Toppe, Wolfratshausen –

Der wichtige Hinweis

§ 57 Abs. 2 Satz 2 HOAI 1996 unwirksam

Bis zum Inkrafttreten der HOAI 2009 waren Leistungen der örtlichen Bauüberwachung für Ingenieurbauwerk und Verkehrsanlagen verbindlich in der Form geregelt, dass ein Honorar mit 2,1 bis 3,2 % der anrechenbaren Kosten des Objekts vereinbart werden konnte (§ 57 Abs. 2 Satz 1 HOAI a. F.). Abweichend davon konnten die Vertragsparteien nach Satz 2 derselben Vorschrift aber auch ein Honorar „als Festbetrag unter Zugrundelegung der geschätzten Bauzeit vereinbaren“. Diese **Regelung** hat jetzt das **OLG Celle** (Urteil v. 08. 06. 2016 – Az.:14 U 125/15) für **unwirksam** erklärt. Die Regelung ist **nicht von der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage** in Art. 10 §§ 1 und 2 MRVG **gedeckt**. Das Gericht überträgt dabei die Erwägungen, die der BGH zur Unwirksamkeit des § 6 Abs. 2 HOAI 2009 und der darin behandelten Baukostenvereinbarung angestellt hatte.⁹⁾ Sinn und Zweck der Regelung in Art. 10 §§ 1 und 2 MRVG sei die Schaffung einer **wirksamen Schranke gegen Unterschreitung der Mindestsätze** zum Schutz des Berufsstands der Architekten und Ingenieure. Die gesetzliche Ermächtigung in Art. 10 §§ 1 und 2 MRVG zwingt somit den Verordnungsgeber ein für den Architekten oder Ingenieur auskömmliches Mindesthonorar festzusetzen, das durch Vereinbarung nur in Ausnahmefällen unterschritten werden kann. Für eine Regelung in der Honorarordnung, nach der das Honorar frei unterhalb des auskömmlichen Honorars vereinbart werden kann, lasse die Ermächtigung dagegen keinen Raum. Die zeitabhängig ermittelte Tätigkeit des Architekten und Ingenieurs für die örtliche Bauüberwachung ändere sich durch höheren Überwachungsaufwand in der Regel auch dann, wenn sich die anrechenbaren Kosten des überwachten Objekts ändern. Die Unveränderlichkeit des Festpreises würde dann aber dazu führen, dass ein unter dem Mindestsatz von 2,1 % der anrechenbaren Kosten liegendes Honorar vereinbart werden dürfte. Genau das lasse die Ermächtigungsgrundlage jedoch nicht zu.

Seit der HOAI 2009 besteht für die örtliche Bauüberwachung kein gesetzliches Mindesthonorar mehr, nachdem sie nur mehr als **Besondere Leistung** eingestuft wird, welche vollständig der freien Vereinbarung unterliegt (§ 3 Abs. 3 Satz 2 HOAI 2009 i. V. m. Anlage 2.8.8 bzw. § 3 Abs. 3 Satz 3 HOAI 2013 i. V. m. Anlage 12.1). Die Bedeutung des Urteils beschränkt sich damit auf Altverträge im Geltungsbereich der HOAI 1996.

– RA Dr. Andreas Ebert, München –

PLANERRECHTS-REPORT

Druck+Verlag Ernst Vögel GmbH
Kalvarienbergstr. 22 · 93491 Stamsried
Tel. (09466) 9400-0 · Fax (09466) 1276
Internet: <http://www.vob-buecher.de>
<http://www.voegel.com>
E-Mail: voegel@voegel.com

Herausgeber und verantwortlich
für den Inhalt:

RA Michael Frikell
Herzogspitalstr. 13 · 80331 München

Erscheint 1x monatlich
Bezugspreis: 29,90 Euro pro Jahr
(einschl. MwSt., zzgl. Versand)

Wiedergabe des Inhalts – auch auszugsweise – nur mit Genehmigung des Verlags

Trotz gewissenhafter Bearbeitung
aller Beiträge kann keine Haftung für
deren Inhalt übernommen werden.

ISSN 1613-2416

© VOB-Verlag Ernst Vögel OHG,
D-93491 Stamsried, 2016

⁹⁾ BGH, BauR 2014, 1332, Planerrechts-Report 2014, 21.