

Arbeitskreisleiter: Rechtsanwalt **Peter Oppler**, München
Stellvertreterin: Rechtsanwältin **Heike Rath**, Frankfurt
Referenten: Rechtsanwalt **Dr. Thomas Wessely**, Brüssel
Rechtsanwalt **Prof. Dr. Volkert Vorwerk**, Karlsruhe
Rechtsanwalt **Dr. Wolfgang Koeble**, Reutlingen
Dr. Tillmann Prinz, Bundesgeschäftsführer der Bundesarchitektenkammer
Dr.-Ing. Jens Karstedt, Präsident der Bundesingenieurkammer
Betreuer des Arbeitskreises: Rechtsanwalt **Dr. Klaus Saerbeck**, Hamm

Thema

*Wie viel HOAI erlaubt die Dienstleistungsrichtlinie der Europäischen Union?
Was ändert sich durch die neue HOAI?*

I. Einführung

von RA Peter Oppler

Zur Person

Rechtsanwalt Peter Oppler ist Partner der Kanzlei Böck Oppler Hering in München. Er ist Vorsitzender der Arbeitsgemeinschaft für Bau- und Immobilienrecht im Deutschen Anwaltverein und Autor in dem Kommentar von Ingenta/Korbion zur VOB.

Die Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (Dienstleistungsrichtlinie) verfolgt eine Liberalisierung des Dienstleistungsmarktes innerhalb der Europäischen Union zum Wohl der Europäischen Wirtschaft und der Verbraucher.

Wie sich aus dem 2. Erwägungsgrund der Richtlinie ergibt, ist nach Meinung ihrer Verfasser ein wettbewerbsfähiger Dienstleistungsmarkt für die Förderung des Wirtschaftswachstums und die Schaffung von Arbeitsplätzen in der Europäischen Union wesentlich.

Gegenwärtig hindert aber eine große Anzahl von Beschränkungen im Binnenmarkt Dienstleistungserbringer, insbesondere kleine und mittlere Unternehmen (KMU), daran, über ihre nationalen Grenzen hinauszuwachsen und uneingeschränkt Nutzen aus dem Binnenmarkt zu ziehen. Dies schwäche, so die Richtlinie im 2. Erwägungsgrund weiter, die globale Wettbewerbsfähigkeit der Dienstleistungserbringer aus der Europäischen Union. Ein freier Markt, der die Mitgliedstaaten zwingt, Beschränkungen im grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr abzubauen, bei gleichzeitiger größerer Transparenz und besserer Information der Verbraucher, würde für die Verbraucher größere Auswahl und bessere Dienstleistungen zu niedrigeren Preisen bedeuten.

Deshalb ist es nach der Richtlinie erforderlich (vgl. 3. Erwägungsgrund), die Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit von Dienstleistungserbringern in den Mitgliedstaaten und des freien Dienstleistungsverkehrs zwischen Mitgliedstaaten zu beseitigen und den Dienstleistungsempfängern und -erbringern die Rechtssicherheit zu garantieren, die sie für die wirksame Wahrnehmung dieser beiden Grundfreiheiten des (EU-)Vertrags benötigen.

Diese Beschränkungen können aber, wie sich aus dem 6. Erwägungsgrund der Richtlinie ergibt, nicht allein durch die direkte Anwendung der Artikel 43 und 49 des (EU-)Vertrags beseitigt werden, weil – insbesondere nach der Erweiterung – die Handhabung von Fall zu Fall im Rahmen von Vertragsverletzungsverfahren sowohl für die nationalen als auch für die gemeinschaftlichen Organe äußerst kompliziert wäre; außerdem könnten zahlreiche Beschränkungen nur im Wege der vorherigen Koordinierung der nationalen Regelungen beseitigt werden. Hierzu wurde nun mit der Dienstleistungsrichtlinie ein allgemei-

ner Rechtsrahmen geschaffen, den die Mitgliedsstaaten bis zum 28.12.2009 in nationales Recht umzusetzen haben.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang nationale Gebührenordnungen der Mitgliedsstaaten für Dienstleistungserbringer, wie etwa die HOAI, Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs in der EU enthalten, die von der Dienstleistungsrichtlinie missbilligt werden und deshalb bei der Umsetzung der Richtlinie von den nationalen Gesetzgebungsorganen zu berücksichtigen sind; es stellt sich mit anderen Worten die Frage: Wie viel HOAI erlaubt die Dienstleistungsrichtlinie der Europäischen Union?

II. Thesen

1. Thesen von Dr. Thomas Wessely

Zur Person

Rechtsanwalt Dr. Thomas W. Wessely, ist Partner der Praxisgruppe Antitrust, Competition and Trade der Kanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer in Brüssel. Er ist in Köln und in Brüssel als Rechtsanwalt zugelassen. Dr. Wessely war ab 1997 zunächst Rechtsanwalt im Kölner Büro der Kanzlei und ist seit dem Jahre 2000 in Brüssel tätig. Sein Tätigkeitsbereich umfasst das allgemeine Europarecht sowie sämtliche Gebiete des Kartell- und Wettbewerbsrechts, darunter insbesondere die europäische und deutsche Fusionskontrolle, die Vertretung von Unternehmen in Kartell- und Mißbrauchsverfahren, die allgemeine kartellrechtliche Beratung von Unternehmen, das Beihilferecht und das Außenhandelsrecht sowie die Vertretung von Mandanten in wettbewerbsrechtlichen Verfahren vor europäischen und deutschen Gerichten. Dr. Thomas W. Wessely studierte Rechtswissenschaften an den Universitäten Bonn (Dr. iur., 1997), Montpellier, Frankreich (Maître en droit, 1989) und der Fordham University New York (LL.M., 1993). Er veröffentlicht regelmäßig zu Fragen des Kartell- und Beihilferechts und ist Mitautor des Münchner Kommentars und des Frankfurter Kommentars zum Kartellrecht. Dr. Wessely ist auch Mitherausgeber von "Getting the Deal Through - Dominance", welcher jährlich einen weltweiten Überblick über das auf marktbeherrschende Unternehmen anwendbare Recht gibt.

These 1:

Vereinbarkeit der HOAI mit Europarecht

Die Mindest- und Höchstsätze der HOAI sind mit der im EG-Vertrag verankerten Niederlassungsfreiheit vereinbar, wenn man davon ausgeht, dass die zwingenden Honorarsätze in verhältnismäßiger Weise Verbraucherschützende Ziele verfolgen.

Dies lässt sich mit guten Gründen vertreten. Mit der Dienstleistungsfreiheit ist die HOAI vereinbar, wenn man die in der Dienstleistungs-Richtlinie vorgenommene Beschränkung der Rechtfertigungsgründe als EG-vertragsrechtswidrig ansieht und in korrigierender Auslegung der Richtlinie auch den Verbraucherschutz als Rechtfertigungsgrund anerkennt.

These 2:

Niederlassungsfreiheit

Im Hinblick auf die Niederlassungsfreiheit lassen sich gute Gründe dafür anführen, dass der in der HOAI niedergelegte Honorarrahmen auch mit der (sich durch die Dienstleistungs-Richtlinie ergebenden) neuen Rechtslage vereinbar ist.

Der diesen Bereich regelnde Artikel 15 der Dienstleistungs-Richtlinie spiegelt den bisherigen Stand des Gemeinschaftsrechts wieder und hat daher zu keiner Änderung des bisher über den EG-Vertrag zur Verfügung stehenden Argumentationsspielraums geführt. Für die Begründung der Europarechtskonformität der Honorarsätze der HOAI lassen sich hierbei zwei Ansatzpunkte finden:

Zum einen lässt sich vorbringen, dass die Honorarsätze aus einer Reihe von Gründen in der Praxis keine Auswirkung auf die Entscheidung von Anbietern aus dem EG-Ausland haben, sich in Deutschland niederzulassen, und daher von vornherein nicht als Beschränkung der Niederlassungsfreiheit einzustufen sind.

Zum anderen lassen sich die Honorarsätze mit guten Gründen unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Verbraucher und der Dienstleistungsempfänger rechtfertigen. Mindestsätze sollen die Aufrechterhaltung eines hohen Qualitätsniveaus der Dienstleistung sicherstellen, während die Höchstsätze zur Begrenzung der Baukosten und des Mietanstiegs beitragen und dem Missbrauch bei der Honorarabrechnung vorbeugen.

These 3:

Dienstleistungsfreiheit

Ob aufgrund der zu mittelbaren bzw. zu ungewissen Wirkung auf den Marktzugang die Mindest- und Höchstsätze der HOAI überhaupt zu einer Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit führen, ist ähnlich wie bei der Niederlassungsfreiheit in Frage zu stellen.

Ginge man vom Vorliegen einer Beschränkung aus, so wäre im Hinblick auf die Rechtfertigungsgründe zu berücksichtigen, dass nach Artikel 16 der Dienstleistungs-Richtlinie allein noch auf die Gesichtspunkte der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit und der öffentlichen Gesundheit sowie des Umweltschutzes zurückgegriffen werden kann.

Es stößt aber auf erhebliche Bedenken, ob diese Beschränkung der Rechtfertigungsgründe in Artikel 16 der Dienstleistungsrichtlinie überhaupt primärrechtskonform ist. Grundsätzlich ist der europäische Gesetzgeber zu einer solchen Beschneidung von Rechtfertigungsgründen befugt. Dies setzt aber zur Sicherstellung eines gewissen Schutzniveaus eine gleichzeitige Mindestharmonisierung des davon betroffenen Sachrechts voraus. Ob eine solche Sachrechtsharmonisierung im Hinblick auf den Verbraucherschutz in den Regelungen der Dienstleistungsrichtlinie tatsächlich erfolgt ist, ist mit beachtlichen Gründen zu bezweifeln. In diesem Fall wäre Artikel 16 der Dienstleistungs-Richtlinie nicht mit dem EG-Vertrag vereinbar. Im Wege primärrechtskonformer Auslegung müsste dann die Richtlinie um den in der Rechtsprechung des EuGH entwickelten Rechtfertigungsgrund des Verbraucherschutzes erweitert werden. Damit stünde auch für den Bereich der Dienstleistungsfreiheit der Schutz der Verbraucher und Dienstleistungsempfänger als potentieller Rechtfertigungsgrund der HOAI zur Verfügung.

These 4:

Einschränkungen des Anwendungsbereichs der HOAI

Die Verkürzung von Leistungsbildern oder Honorartafeln oder eine sonstige Beschränkung des Geltungsbereichs der HOAI hat keinen nennenswerten Einfluss auf die europarechtliche Bewertung der HOAI.

These 5:

Inländer-HOAI

Eine nur für Inländer geltende HOAI wäre aus europarechtlicher Sicht unbedenklich, da Diskriminierungsverbot, Dienstleistungsfreiheit und die Regelungen der Dienstleistungsrichtlinie auf rein innerstaatliche Sachverhalte grundsätzlich nicht anwendbar sind. Im Hinblick auf das

Deutsches Verfassungsrecht (Artikel 12, 3 GG) lässt sich die damit verbundene Ungleichbehandlung von Inländern rechtfertigen.

These 6:

Handlungsspielräume vor Ablauf der Umsetzungsfrist für die Dienstleistungsrichtlinie

1. *Eine Erhöhung der Honorarsätze vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Dienstleistungs-Richtlinie wäre sowohl mit dem EG-Vertrag als auch mit der Richtlinie selbst vereinbar. Denn eine solche Erhöhung würde zu keinen „neuen Anforderungen“ gemäß Artikel 15 Abs. 2 lit.g der Dienstleistungs-Richtlinie führen.*

2. *Eine Erhöhung der Tafelendwerte, welche zwangsläufig den sachlichen Anwendungsbereich der HOAI erweitert, wäre dagegen mit Blick auf Artikel 15 Abs. 2 lit. g der Dienstleistungs-Richtlinie und allgemeine Grundsätze des Europarechts erheblichen Bedenken ausgesetzt. Maßgeblich für solche Änderungen ist aber, zu welcher europarechtlichen Beurteilung der Mindest- und Höchstsätze der HOAI man letztlich gelangt.*

2. Thesen von Prof. Dr. Volkert Vorwerk

Zur Person

Prof. Dr. Volkert Vorwerk ist Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof. Er ist Mitherausgeber u.a. des Kommentars zum KapMuG sowie mit Autor im Praxishandbuch Architektenrecht.

These 1:

Die Mindestpreisregelung ist nicht als Folge ruinösen Preiskampfes oder allgemeinen Qualitätsverfalls entstanden

- Entwicklung zwingenden Preisrechts als Folge der Nachkriegsbewirtschaftung
- Einführung fakultativer Mindestsätze zur Verdeutlichung des Rahmencharakters der HOAI
- Entstehung zwingender Mindestsätze auf Druck der Architektenschaft

These 2:

Die Mindestpreisregelung der HOAI verstößt nicht gegen nationales Verfassungsrecht

- Mindestsatzregelung als Berufsausübungsregelung im Sinne der Dreistufentheorie
- Weiter Einschätzungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers

These 3:

Die Mindestpreisregelung stellt einen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit dar

- Geltung der HOAI für Architektenleistungen im Inland
- Unterschiedslose Geltung
- Mittelbare Ausländerdiskriminierung durch Mindestsatzregelung - Marktzutrittsbarriere
- Im Gegensatz zu anderen Ländern (Belgien) spielt bei der Beurteilung der HOAI als staatlicher Rechtsnorm das Europäische Kartellrecht keine Rolle

These 4

Der Eingriff lässt sich nicht rechtfertigen

- Terminologie der Kommission: Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit zur Beseitigung einer Marktstörung, hier: Asymetrische Informationsverteilung
- Terminologie des EuGH: Eingriff zugunsten eines zwingenden Rechtsguts der Allgemeinheit, hier: Verbraucherschutz, notwendig geworden durch die Informationsasymetrie zwischen Verbraucher und Architekten
- Cipolla – Entscheidung: Zwingendes Preisrecht nicht von vornherein ungeeignet, um ruinösen Preiswettbewerb und dadurch verursachten Qualitätsverfall zu verhindern, das nationale Gericht muss Eignung und Erforderlichkeit der Maßnahme jedoch konkret feststellen:
 - Darlegung von Eignung und Erforderlichkeit durch den Mitgliedsstaat, der sich auf die Rechtmäßigkeit des Eingriffs beruft
 - Empirische Erkenntnisse über die Wechselwirkung zwischen Mindestpreisregelung, ruinösem Preiswettbewerb und allgemeinem Qualitätsverfall fehlen für den deutschen Markt
 - Die volkswirtschaftliche Studie des Statusbericht ARCHITEKTEN/INGENIEURE 2000plus und das 16. Hauptgutachten der Monopolkommission sprechen eher gegen eine solche Wechselwirkung
 - Die Vermutung des freien Marktes und Fehlen einer entsprechenden Regelung in den meisten anderen Mitgliedsstaaten sprechen ebenfalls gegen eine solche Wirkung
 - Transparenz über die Vergütungsleistung kann auch eine nicht zwingende Vergütungsempfehlung bzw. Auffangregelung als mildere Maßnahme schaffen
 - Haftungs- Haftpflicht- und Aufsichtsregelungen können u. U. den Qualitätsverfall ebenso wirksam eindämmen wie eine Preisregelung
 - Die Feststellung der Eignung und Erforderlichkeit der Mindestpreisvorschrift obliegt zwar dem BGH, dieser ist aber insofern der Kontrolle des EuGH unterworfen

These 5:

Der Verstoß gegen das Europarecht führt zur Unwirksamkeit der Mindestsatzregelung

- Unanwendbarkeit im Verhältnis zu EU-Ausländern als Folge des Verstoßes
- Kein Verbot der Inländerdiskriminierung im EU - Recht
- Verbot der ungerechtfertigten Diskriminierung aus Art. 3 GG

These 6:

Die geplante HOAI-Novelle verlagert das Problem in nationale verfassungsrechtliche Ebene

- Die HOAI - Änderung ist bisher (15.2.2008) nur in Grundzügen bekannt
- An der Mindestsatzregelung soll sich danach grundsätzlich nichts ändern

- Die Freigabe des Preisrechts für hohe Bausummen ändert nichts an der Europarechtswidrigkeit der vorgesehenen Mindestpreisregelung „zum Schutz kleiner und mittelständischer Büros“
- Bei Umsetzung der vorgesehenen Geltung der HOAI nur für Inländer fehlt es zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Mindestsatzes an der Erforderlichkeit

These 7:

Der Wegfall des zwingenden Preisrechts schafft weiteren Regelungsbedarf

3. Thesen von Dr. Wolfgang Koeble

Zur Person

Dr. Wolfgang Koeble ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht in Reutlingen. Das dortige Büro Koeble, Donus, Fuhrmann, Locher & Schotten ist nahezu ausschließlich baurechtlich ausgerichtet. Es befasst sich bundesweit mit allen Arten von baurechtlichen Streitigkeiten, aber auch mit der außergerichtlichen Streiterledigung (Schiedsgutachten, Schlichtung, Schiedsrichtertätigkeit) und mit der Projektentwicklung sowie der Baubegleitung. Herr Dr. Koeble selbst war und ist bei bundesweit herausragenden Projekten mit der Abwicklung in der Bauphase und Streitsachen nach Beendigung der Bauphase befasst. Er ist Gründungsmitglied der ARGE Baurecht im DAV sowie Mitglied zahlreicher baurechtlicher Vereinigungen. Aus den zahlreichen Veröffentlichungen sind neben Aufsätzen und Anmerkungen in Fachzeitschriften Folgende zu nennen: Koeble (Hrsg.), Rechtshandbuch Immobilien, Loseblattwerk Bd. I und II; Locher/Koeble/Frik, HOAI, 9. Aufl., 2006; Kniffka/ Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., 2008; Koeble/Kniffka, Münchener Prozessformularbuch, Privates Baurecht, 2. Aufl., 2004; Grziwotz/Koeble, Handbuch Bauträgerrecht, 2004. Zu nennen ist ferner die umfangreiche Vortragstätigkeit für verschiedene Akademien, Institute und Seminarveranstalter.

These 1:

Die Mindest- und Höchstsätze der HOAI sind mit deutschem Verfassungsrecht vereinbar.

Auch wenn eine Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit vorliegt, dann ist diese gerechtfertigt. Die Sicherung und Verbesserung der Qualität der Tätigkeit der Architekten stellt ein legitimes Ziel dar. Zu seiner Herbeiführung sind verbindliche Mindestsätze geeignet, da sie den Architekten jenseits von Preiskonkurrenz den Freiraum schaffen, hochwertige Arbeit zu erbringen, die sich im Leistungswettbewerb der Architekten bewähren muss (BVerfG v. 26.9.2005 - 1 BvR 82/03 = BauR 2005, 1946 = NZBau 2006, 121).

These 2:

Die Niederlassungsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 43, 49 EG-Vertrag werden durch den Mindest- und Höchstpreischarakter der HOAI nicht unzulässig eingeschränkt.

Ob die Niederlassungsfreiheit durch den Mindest- und Höchstpreischarakter überhaupt betroffen ist, kann dahinstehen. Die für die Entscheidung dieser Fragen allein zuständigen bundesdeutschen Gerichte werden prüfen müssen, ob die Festlegung von Mindest- und Höchstsätzen die Dienstleistungsfreiheit unzulässig einschränkt oder ob sie „den Zielen des Verbraucherschutzes Rechnung trägt, die sie rechtfertigen können“ (EuGH v. 5.12.2006 - Rs C - 94/04 und Rs C - 2002/04 = BauR 2007, 368 = NZBau 2007, 43 betreffend staatlich vorgegebene Mindestgebühren für Rechtsanwälte). Letzteres ist mit den vom BVerfG genannten Gründen (vgl. Begründung zu These 1) zu bejahen.

These 3:

An der Wirksamkeit der Festsetzung von Mindest- und Höchstsätzen durch die HOAI ändert sich auch durch die bis zum 1.1.2010 umzusetzende Dienstleistungsrichtlinie nichts.

Die Dienstleistungsrichtlinie der EU schützt Auftragnehmer nur hinsichtlich der „in einem anderen Mitgliedsstaat als demjenigen ihrer Niederlassung“ zu erbringenden Dienstleistung. Ob durch den Mindest- und Höchstpreischarakter der HOAI eine unerlaubte Diskriminierung ausländischer Auftragnehmer vorliegt, ist deshalb zweifelhaft, weil die HOAI keinerlei zivilrechtliche, strafrechtliche oder bußgeldrechtliche Nachteile für sie zur Folge hat. Soweit inländische Auftragnehmer bei Inlandsobjekten sich durch Unterschreitung des Mindestsatzes berufswidrig verhalten und standesrechtliche Sanktionen drohen, greift der Schutz der Dienstleistungsrichtlinie nicht ein. Auf die Frage, ob einer der vier Rechtfertigungsgründe für die Zulässigkeit einer Einschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs (öffentliche Ordnung, Sicherheit, Gesundheit, Umweltschutz) vorliegt, kommt es deshalb nicht entscheidend an. Der Verbraucherschutz wird aber ohnehin angesichts der Rechtsprechung des EuGH in eine der vier Fallgruppen einzuordnen sein.

These 4:

Eine Verschlankung der HOAI durch Wegfall einzelner Teile (städtebauliche und landschaftsplanerische Leistungen, Beratungsleistungen betreffend Bauphysik, Baugrund und Vermessung) und Reduzierung auf reine Planungsleistungen (einschließlich Vergabe) sowie durch Vereinfachung des Abrechnungssystems (anrechenbare Kosten, Honorar-Zonen) ist zu erwarten.

Die nach heutigem Kenntnisstand (26.2.2008) geplanten Änderungen der HOAI sind verfassungs- und europarechtlich unbedenklich.

4. Stellungnahme von Dr. Wolfgang Koeble zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie zur HOAI

Dr. Koeble wird im Arbeitskreis IV Thesen zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie vertreten. Zur Vorbereitung der Diskussion veröffentlichen wir hier einen Aufsatz von Dr. Koeble zu diesem Referentenentwurf. Die Zeitschrift Baurecht wird diesen Aufsatz ebenfalls im Heft Juni veröffentlichen.

Referentenentwurf zur HOAI 2009

Die HOAI wartet seit 1996 auf eine Novellierung. Die jetzige Regierung hat nun einen Entwurf vorgelegt, der in zahlreichen Stellungnahmen kritisiert und abgelehnt wurde. Im vorliegenden Beitrag werden die wesentlichen rechtlichen Regelungen und ihre praktischen Auswirkungen dargestellt sowie bewertet.

Seit Ende Februar 2008 liegt ein Referentenentwurf (RefE) zu einer 6. HOAI-Novelle aus dem zuständigen Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie vor¹. Die Planung sieht so aus, dass die neue HOAI am 1.1.2009 in Kraft treten und dann für Leistungen gelten soll, die nach ihrem Inkrafttreten vertraglich vereinbart werden (§ 52 RefE).

¹ Vgl. den vollständigen RefE mit Begründung auf den Webseiten des Deutschen Baugerichtstags (www.baugerichtstag.de), der Architekten- und Ingenieurkammern sowie bei AHO und GHV, z.T. mit Stellungnahmen.

I. Ziele der HOAI-Novelle

1. Binnenpolitische Ziele

Die zum Teil vom Bundesrat vorgegebenen und im Wesentlichen in der Koalitionsvereinbarung enthaltenen Ziele sind folgende: Systemkonforme Vereinfachung der HOAI, transparentere Gestaltung, Bürokratieabbau sowie flexiblere Gestaltung, ferner stärkere Anreize zum kostengünstigen und qualitätsbewussten Bauen und schließlich Förderung des (Preis-)Wettbewerbs. Ob sich diese Ziele gleichzeitig realisieren lassen (z.B. Preiswettbewerb und qualitätsbewusstes Bauen), muss hier nicht entschieden werden.

2. Europarechtliche Ziele

Mit der HOAI-Novelle sollen die Vorgaben der Dienstleistungsrichtlinie der EU², welche bis zum 1.1.2010 in nationales Recht umgesetzt sein muss, berücksichtigt werden. Die derzeit geltende europäische Rechtslage ist nicht so sehr das Problem, weil die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit wohl durch Mindest- und Höchstsätze nicht unzulässig eingeschränkt werden³. Die HOAI ist ein zahnloser Tiger, weil die Mindest- und Höchstsätze weder strafrechtlich noch bußgeldrechtlich sanktioniert sind und wettbewerbsrechtliche Folgen nur unter besonderen Voraussetzungen in Betracht kommen. Berufsrechtliche Folgen treffen nur im Inland ansässige Architekten. Im Zivilprozess werden Mindest- und Höchstsätze nicht von Amts wegen sondern nur auf substantiierten Vortrag der jeweils benachteiligten Vertragspartei berücksichtigt. Im Übrigen stellen Mindestsätze auch für ausländische Auftragnehmer eine gewisse Bestandssicherung dar. Was die Dienstleistungsrichtlinie angeht, wäre zu klären, ob eine etwaige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit gerechtfertigt wäre⁴. Der Verbraucherschutz, welcher nach der Auslegung des EuGH im Primärrecht zu berücksichtigen ist, wird in der Richtlinie nicht als Rechtfertigungsgrund ausdrücklich aufgeführt. Ob er dennoch eine Beschränkung rechtfertigen könnte, kann dahingestellt bleiben. Der RefE löst dieses Problem nämlich elegant durch eine Beschränkung des Anwendungsbereichs der HOAI auf im Inland ansässige Büros (vgl. II. 1.). Eine bloße, eventuelle Inländerdiskriminierung aber ist vom Schutzzweck des europäischen Rechts her nicht erfasst und auch nach Art. 12 GG nicht verboten⁵.

II. Anwendungsbereich

1. Auftragnehmer „mit Sitz im Inland“

Nach der Neufassung des § 1 RefE beschränkt sich der Anwendungsbereich der HOAI auf Büros „mit Sitz im Inland“. Erfasst ist nach wie vor die „Berechnung der Entgelte für die Leistungen“ von Auftragnehmerinnen und Auftragnehmern, soweit sie durch die Verordnung erfasst werden. Die Bezugnahme auf „Leistungsbilder oder andere Bestimmungen“ entfällt, weil es keine „anderen Bestimmungen“ wie z.B. über die Besonderen Leistungen mehr geben soll.

Die HOAI soll also auch künftig „leistungsbezogen“ und nicht personenbezogen ausgerichtet sein, jedoch mit der Einschränkung, dass der Sitz des betreffenden Büros im Inland liegt. Letzteres hat seinen Grund darin, dass die sog. Inländerdiskriminierung nicht von der Dienstleistungsrichtlinie erfasst ist. Was unter dem Begriff „Sitz“ zu verstehen ist, wird zu klären sein (Geschäftssitz? Niederlassung?). Ebenso muss überlegt werden, was dann gilt, wenn zwar ein Sitz im Inland vorhanden ist, jedoch die Leistungen am „Stammsitz“ in einem anderen Mitgliedsstaat erbracht werden⁶.

² Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen am Binnenmarkt vom 12.12.2006, Amtsblatt der EU vom 27.12.2006 - L 376/36.

³ Vgl. EuGH v. 5.12.2006 - Rs C - 94/04 - und - Rs C - 2002/04 -, BauR 2007, 368 = NZBau 2007, 43 betreffend staatlich vorgegebene Mindestgebühren für Rechtsanwälte.

⁴ Zu diesem Thema 2. Deutscher Bauggerichtstag vom 13/14.6.2008, Arbeitskreis IV; vgl. die Thesen als Beilage zu Baurecht Heft 4/2008, S. 23 ff; zum Ganzen Thema aus neuerer Zeit z.B. Forkert, BauR 2006, 586; Vogel, BauR 2006, 744; Deckers BauR 2007, 1128.

⁵ Zur Vereinbarkeit mit Art. 12 GG vgl. BVerfG v. 26.9.2005 - 1 BvR 82/03 - BauR 2005, 1946 = NZBau 2006, 121; vgl. auch unten II 1. a.E.

⁶ Vgl. zu einem ähnlichen Problem BGH Urt.v. 18.9.1997 - VII ZR 300/96 = BauR 1997, 1065 = NJW 1998, 135 = ZfBR 1998, 25.

Überprüft werden muss, ob eine Einschränkung des zwingenden Preisrechts der HOAI auf im Inland ansässige Büros wirksam ist. Immerhin hat der BGH im Mindestpreischarakter der HOAI eine zwingende Regelung i.S des Art. 34 EGBGB gesehen, welche nicht dem Vertragsstatut unterliegt⁷. Zu klären ist, ob die HOAI nach der Einschränkung des Anwendungsbereichs auf im Inland ansässige Auftragnehmer überhaupt noch eine zwingende Norm im genannten Sinne bleibt. Voraussetzung dafür wäre, dass sie beansprucht, einen Sachverhalt „mit Auslandsberührung ohne Rücksicht auf das berufene Vertragsstatut zu regeln“. Das wäre durch die Einschränkung des Geltungsbereichs auf im Inland ansässige Auftragnehmer nicht mehr der Fall. Auch nach Auffassung des BGH genügt es, wenn die „zwingende Norm“ eine Kollisionsregelung enthält. Damit würde die HOAI in der vorgesehenen Fassung für im Ausland ansässige Auftragnehmer nicht mehr gelten. An dieser Beurteilung ändert sich auch in dem Fall nichts, dass ein Büro mit Sitz im Inland den Hauptsitz in einem anderen Mitgliedsstaat hat. Mit der Einschränkung des Anwendungsbereichs auf den „Sitz“ (besser: Geschäftssitz) dürfte also die preisrechtliche Regelung tatsächlich ausschließlich auf im Inland ansässige Büros wirksam beschränkt sein. Die weitere Frage, ob dann Inländer diskriminiert sind, weil sie an den Mindest- und Höchstpreischarakter gebunden sind⁸, ist jedenfalls keine europarechtliche Frage.

2. Sachlicher und zeitlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich wird erheblich eingeschränkt (vgl. dazu unten V. - VII.). Bezüglich des zeitlichen Anwendungsbereichs spricht die Begründung von einer „Erprobungsphase“. Zwar ist im RefE keine zeitliche Befristung vorgesehen, aber es soll nach der Begründung eine Überprüfung vom Verordnungsgeber nach 5 Jahren stattfinden⁹.

III. Objektbegriff und Begriffsbestimmungen

In § 2 RefE werden bestimmte Begriffe definiert (derzeit § 3 HOAI), insbesondere wird der Gebäudebegriff näher umschrieben. Insoweit ist allerdings eine Korrektur in dem Sinne erforderlich, dass Gebäude sowohl geeignet als auch bestimmt sein müssen (statt oder: „und“), dem nicht nur vorübergehenden Aufenthalt von Menschen zu dienen.

Überraschend ist die Definition der „allgemein anerkannten Regeln der Technik“ in § 2 Nr. 11 RefE. Die Aufnahme dieser Definition - ob sie inhaltlich zutrifft, wird zu klären sein - erschien notwendig, weil die Bestimmung über die anrechenbaren Kosten (§§ 4, 6a RefE) nicht mehr an die DIN 276 angebunden ist, sondern an die „allgemein anerkannten Regeln der Technik“ (vgl. unten V. 2.). Ein gewisses Streitpotenzial wird sich insoweit hinsichtlich der Anerkennung der jeweiligen Fassung der DIN 276 ergeben. Die DIN 276 von November 2006 hat sich für die Honorarberechnung bis heute in der Praxis noch nicht durchgesetzt und wird sich auch künftig schwer tun, weil § 10 Abs. 2 HOAI noch für Verträge, die bis 31.12.2008 zustandekommen, gelten wird. Im Hinblick auf danach abgeschlossene Verträge dürfte allerdings eine Vermutung gelten, wonach die Fassung von November 2006 als allgemein anerkannte Regel der Technik einzustufen ist.

In § 2 Nr. 12 RefE ist die Kostenschätzung definiert. Im Unterschied zur Kostenschätzung nach DIN 276 (Fassungen April 1981/Juni 1993) sollen hier bereits „Mengenberechnungen“ zugrunde liegen. Die Ermittlung konkreter Mengen aufgrund maßstäblicher Planungen war bisher Gegenstand der Kostenberechnung nach DIN 276 alte Fassungen (vgl. aber DIN 276 Fassung November 2006).

⁷ BGH Urt.v.27.2.2003- VII ZR 169/02 = BauR 2003, 749 = NZBau 2003, 386 = ZfBR 2003, 362.

⁸ Vgl.dazu Thode in Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 6. Aufl., Rz. 1125.

⁹ Begründung zum RefE, S. 7.

IV. Honorarvereinbarung

1. Baukostenvereinbarungsmodell (§ 7 Abs. 1, 3, 4 RefE)

- a) Eine wesentliche Neuerung würde die grundsätzliche Vorschrift über die Honorarvereinbarung mit sich bringen. Nach § 7 Abs. 1 RefE können die Parteien schriftlich bei Auftragserteilung¹⁰ im Rahmen der Mindest- und Höchstsätze

- „eine Vereinbarung über die Leistung und
- die einvernehmlich festgelegten anrechenbaren Kosten i.S. des § 6a“ treffen.

Ziel der Regelung ist es, eine „Flexibilisierung der Ermittlung der Honorare“ zu erreichen und die „bisherige komplizierte Feststellung der anrechenbaren Kosten“ abzulösen. Darüber hinaus soll die Neuregelung „größere Planungssicherheit in Bezug auf die Honorare der Planer“ mit sich bringen und damit Vertrauen auf das Honorar schaffen. Neben dem Verbraucherschutz ist hier das Ziel auch, einen Anreiz für kostengünstiges Bauen zu schaffen¹¹.

- b) Die „tatsächlichen Kosten“ sind zwar nach geltendem Recht (§ 10 Abs. 2 HOAI) entgegen den Feststellungen in der Begründung nur für einen Bruchteil (für 34 % des Gesamthonorars) Abrechnungsgrundlage. Die Zielrichtung, eine Vereinfachung der Abrechnung herbeizuführen, ist aber zu begrüßen. Ob dies durch ein Baukostenvereinbarungsmodell mit der Grundlage der Anbindung an die Kostenschätzung erreicht werden kann, ist zu klären.

Die Anbindung der Abrechnung an eine einzige Kostenermittlung ist sinnvoll. Richtig ist auch, dass es eine während des Planungsablaufs zu erstellende Kostenermittlung sein sollte. Die Kostenschätzung erscheint aber als ungeeignet, weil sie auf der Grundlage der Vorplanung erstellt wird und in diesem Stadium kein verbindliches Planungskonzept vorliegt. Richtig ist es deshalb, die Kostenberechnung heranzuziehen, die ein präzises Planungs- und Bauprogramm (Entwurfsplanung) zum Gegenstand hat. Die Kostenschätzung bietet wegen der Gliederungstiefe (in der Regel: 1. Spalte) darüber hinaus keine Möglichkeit, die nur teilweise (§ 31 Abs. 2 RefE) oder gar nicht bzw. nur unter bestimmten Voraussetzungen anrechenbaren Kosten (§ 31 Abs. 3 RefE) zu ermitteln. Die Anbindung der Honorarabrechnung an eine frühe Kostenermittlung (Kostenschätzung oder Kostenberechnung) muss zwar nicht unbedingt Anreize zur Baukostensparnis mit sich bringen, jedoch genügt es schon, wenn keine Anreize für eine Kosten treibende Planung vorhanden sind.

- c) Das Baukostenvereinbarungsmodell stößt aber auf praktische Probleme. Nach den Vorgaben der §§ 1, 2 MRVG hat der Verordnungsgeber für Honorarvereinbarungen als maßgebenden Zeitpunkt „bei Auftragserteilung“ zugrunde zulegen. In diesem Stadium kann es noch keinerlei ordnungsgemäße Kostenermittlungen (weder Kostenberechnung noch Kostenschätzung) geben. Spätere Honorarvereinbarungen sind unwirksam, sodass das Baukostenvereinbarungsmodell oftmals an der zeitlichen Vorgabe scheitern wird. Wie eine Honorarvereinbarung zwischen Mindest- und Höchstsatz zu bewerkstelligen ist, bedarf der Klärung, weil zuvor die anrechenbaren Kosten vereinbart werden sollen. Ein Antizipieren von anrechenbaren Kosten ist kaum möglich. Die Regelung des § 4a HOAI wurde deshalb in der Praxis selten genutzt.

- d) Eine weitere Unklarheit ergibt sich daraus, dass § 7 Abs. 1 RefE nur eine Vereinbarung über die „anrechenbaren Kosten“ zulässt. Hier handelt es sich wohl um die in den einzelnen Teilen (z.B. § 31 RefE für Gebäude) als maßgebend bezeichneten anrechenbaren Kosten und nicht um die tatsächlichen Baukosten. Letztere sind umfassender und ergeben sich unmittelbar aus der Kostenermittlung. Wie sollen die Parteien sich über anrechenbare Kosten unterhalten, die möglicherweise für den Bauherrn keine entscheidende Bedeutung haben, weil für ihn die Gesamtkosten (einschließlich gesamter Kosten für die Technische Ausrüstung und sonstiger Kosten nach § 31 Abs. 3 RefE) maßgebend sind?

¹⁰ Das Erfordernis der „schriftlichen“ Vereinbarung fehlt zwar im Text des § 7 Abs. 1 RefE; angesichts der Begründung (S. 12) dürfte es sich hier aber um einen Schreibfehler handeln.

¹¹ Zur Begründung vgl. i.E. RefE, S. 8.

Zu klären sein wird auch, ob als Honorarvereinbarung eine konkrete Summe aus der Kostenschätzung zugrunde zulegen ist oder ob die bloße Anbindung an eine später noch zu erstellende Kostenschätzung ausreicht.

- e) Eine Gefahr für Auftragnehmer ergibt sich daraus, dass mit dem Kostenvereinbarungsmodell der Schritt zur Vereinbarung eines Baukostenlimits (Beschaffensvereinbarung) nicht mehr sehr weit ist¹².
- f) Unabhängig davon sprechen gegen ein solches Modell gewichtige Gründe. Wenn die Parteien im Voraus („bei Auftragserteilung“) die anrechenbaren Kosten festlegen können und sollen, dann bestimmen sie letzten Endes über die Höhe des Mindest- und Höchstsatzes. Hält man z.B. eine Honorarvereinbarung bei Auftragserteilung mit dem Inhalt für wirksam, dass die Parteien als geschätzte Baukosten einen bestimmten EURO-Betrag festlegen, dann kommt es auf die später - im richtigen Planungsstadium - erstellte Kostenschätzung oder Kostenberechnung zur Kontrolle der Honorarvereinbarung gar nicht mehr an. Der Mindest- und Höchstpreischarakter wären damit nicht mehr objektiv, sondern nach der Parteivereinbarung zu bestimmen.

Mit dem Baukostenvereinbarungsmodell wird durch die Festlegung der Honorarparameter der Mindest- und Höchstpreischarakter der HOAI aufgehoben. Dafür wäre jedoch der Gesetzgeber zuständig (vgl. Art. 10 §§ 1, 2 MRVG). Eine HOAI mit dem vorgesehenen Regelungsinhalt wäre nicht wirksam. Das könnte bedeuten, dass die HOAI in der bisherigen Fassung weiter gelten würde.

- g) Eine weitere Frage ist es, ob neben den in § 7 Abs. 1 RefE vorgesehenen Honorarvereinbarungen über die anrechenbaren Kosten auch andere Honorarvereinbarungen noch zulässig sind. Während dies z.B. für die Pauschalhonorarvereinbarung nach bisheriger HOAI unbestritten war, ergeben sich nach der Neufassung Probleme. Eine dem § 4 Abs. 1 HOAI entsprechende Vorschrift, welche die Wirksamkeitsvoraussetzungen für Honorarvereinbarungen festlegt und aber jede Form von Vereinbarungen (auch z.B. über anrechenbare Kosten, Honorarzonen und Prozentsätze für erbrachte Leistungen oder Prozentsätze der Gesamtkosten) zulässt, gibt es nicht mehr. Die Bestimmung des § 7 Abs. 6 RefE betrifft die Fälle ohne Honorarvereinbarung. Im Ergebnis wird man deshalb sagen müssen, dass der Verordnungsgeber in § 7 Abs. 1 RefE abschließend festlegen würde, welche Arten von Honorarvereinbarungen noch zulässig sind. Die Vereinbarung eines Pauschalhonorars oder anderer Honorare dürften damit unzulässig sein.

2. Unterschreitung des Mindestsatzes/Überschreitung des Höchstsatzes

Ebenso wie bisher ist auch nach § 7 Abs. 3 RefE eine Unterschreitung des Mindestsatzes nur im „Ausnahmefall“ wirksam. Die gefestigte Rechtsprechung des BGH bleibt daneben von erheblicher Bedeutung. Das gilt sowohl hinsichtlich der arglistigen Täuschung als auch im Hinblick auf die Bindung an die unwirksame Honorarvereinbarung¹³. Nach § 7 Abs. 4 RefE ergibt sich auch hinsichtlich der Überschreitung des Höchstsatzes keine Änderung, sodass nur bei außergewöhnlichen Leistungen und ungewöhnlich langer Dauer nach oben abweichende Honorarvereinbarungen wirksam getroffen werden können. Das Problem der Bauzeitüberschreitung und seine Lösung wird also nach wie vor in die Zuständigkeit der Parteien und ihre Vereinbarungskunst verwiesen¹⁴.

3. Änderung von Honorarvereinbarungen

Insoweit wird mit § 7 Abs. 5 RefE eine Neuregelung vorgeschlagen. Danach kann die „dem Honorar zugrunde liegende Vereinbarung durch schriftliche Vereinbarung angepasst werden“, wenn sich „die Leistungsanforderungen während der Laufzeit des Vertrages mit der Folge von Baukostenveränderungen“ verändern. Erfasst sind also nur die Fälle, in denen eine (wirksame) Honorarvereinbarung nach dem Baukostenvereinbarungsmodell getroffen wurde. Anknüpfungspunkt ist ähnlich wie nach der Rechtsprechung des BGH („Änderung des Leistungsziels“)¹⁵ die Änderung der „Leistungsanforderungen“. Ohne Auswirkungen auf die Baukosten sind solche Änderungen aber als Grundlage für eine Anpassung nicht

¹² Dazu Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., 2008, 12. Teil Rdn. 480; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 12. Aufl., 2008, Rdn. 1781; Locher, Das Private Baurecht, 7. Aufl., 2005, Rdn. 441.

¹³ Dazu i.E. BGH Urt.v.22.5.1997 - VII ZR 290/95 = BauR 1997, 677 = NJW 1997, 2329 sowie OLG Köln NJW-RR 2007, 455 und Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., 12. Teil, Rdn.273 ff.

¹⁴ Zum Ganzen BGH Urt.v.30.9.2004 - VII ZR 456/01 = BauR 2005, 118 = NZBau 2005, 46; BGH Urt.v.10.5.2007 - VII ZR 288/05 = BauR 2007, 1592; Preussner BauR 2006, 203; Messerschmidt NZBau 2007, 746; Schramm/Schwenker ZfBR 2008, 3.

¹⁵ Vgl. dazu BGH Urt.v.21.1.1988 - VII ZR 239/86 = BauR 1988, 364 = ZfBR 1988, 134.

ausreichend. Ob daneben die Rechtsprechung des BGH betreffend Änderungen von Honorarvereinbarungen noch weiter gilt, wäre zu prüfen.

4. Bonus-/Malusregelung

Völlig neu ist die Vorschrift des § 7 Abs. 7 RefE. Danach kann „in Fällen des Unterschreitens oder Überschreitens der einvernehmlich festgelegten anrechenbaren Kosten von den Parteien“ ein Bonus- oder ein Malushonorar in Höhe von 10 % des Honorars vereinbart werden“. Die Malus-Regelung wird in der Begründung (S. 14) als weitere Ausnahme vom Mindestpreischarakter bezeichnet. Die Vorschrift enthält eine ähnliche Regelung wie § 5 Abs. 4a HOAI. Die dortigen Voraussetzungen „Ausschöpfung der technisch-wirtschaftlichen Leistungsmöglichkeiten“ und „wesentliche Kostensenkung“ sind hier nicht erforderlich.

Die Grundidee solcher Honorarregelungen ist positiv. Es könnte sich aber um Vertragsrecht handeln, für welches der Gesetzgeber zuständig wäre. Ob eine „schriftliche“ Vereinbarung „bei Auftragserteilung“ erforderlich ist, geht aus der Vorschrift selbst nicht hervor. Nachdem es eine grundlegende Vorschrift wie § 4 Abs. 1 HOAI nicht mehr gibt, dürfte dies streng genommen zu verneinen sein. Der Rückgriff auf § 7 Abs. 1 RefE ist nicht möglich, weil dieser nur einen Spezialsachverhalt betrifft. Nach der bisherigen Formulierung ist unklar, ob nur 10 % oder „bis zu 10 %“ als Bonus oder Malus vereinbart werden kann. Eine weitere Frage ist die, ob schon die Unterschreitung um € 1,- bzw. die Überschreitung um € 1,- ausreicht?

5. Honorar außerhalb der Honorartafeln

Die Vorschrift des § 7 Abs. 2 RefE entspricht zwar der bisherigen Rechtslage (z.B. § 16 Abs. 3 HOAI). Jedoch soll es nun für über die Honorartafeln hinausgehende Werte Empfehlungen in der Anlage geben. Wie diese zu bewerten sind, wird sich in der Praxis zeigen (vgl. dazu auch unten VII. 1.).

V. Honorar ohne (wirksame) Honorarvereinbarung

1. Inhalt der Neuregelung (§ 7 Abs. 6 RefE)

Die grundlegende Vorschrift für diejenigen Fälle, in denen keine (wirksame) Honorarvereinbarung getroffen ist, findet sich in § 7 Abs. 6 RefE:

„Sofern keine Honorarvereinbarung nach Abs. 1 getroffen worden ist, gelten die jeweiligen Mindestsätze auf der Basis der anrechenbaren Kosten der Kostenschätzung als vereinbart.“

Durch die Bezugnahme auf § 7 Abs. 1 RefE ergibt sich, wann § 7 Abs. 6 RefE eingreift, nämlich wenn die Honorarvereinbarung nicht die o.g. (IV. 1.) Voraussetzungen erfüllt.

Maßgebende Abrechnungsgrundlage für alle Fälle ohne wirksame Honorarvereinbarung soll die Kostenschätzung¹⁶ werden. Die Vorschrift soll an die Stelle von § 4 Abs. 4 HOAI treten. Zusätzlich zu dieser Regelung in § 7 Abs. 6 RefE gelten die Vorschriften über die Honorarparameter: Leistungen und Leistungsbilder (§ 3 RefE), anrechenbare Kosten (§ 4 RefE und Einzelregelung in den jeweiligen Teilen), Honorarzonen (§ 5 RefE). Nach § 6 sind diese vier Honorarparameter nämlich für das Honorar für Leistungen zugrunde zu legen.

2. Anrechenbare Kosten

Nach der Neuregelung im RefE ist die Ermittlung der anrechenbaren Kosten nicht unmittelbar an die DIN 276 in einer bestimmten Fassung angebunden. Sowohl bei der Honorarvereinbarung (§ 7 Abs. 1 RefE) als auch bei der Honorarberechnung ohne Honorarvereinbarung (§ 7 Abs. 6 RefE) ist auf die „Nettobaukosten auf der Grundlage der Kostenschätzung“ Bezug genommen. Die bisher z.B. in § 10 Abs. 2 HOAI

¹⁶ Zu den Vorteilen der Anbindung an eine einzige Kostenermittlung und zum Nachteil der Anbindung an die Kostenschätzung vgl. oben IV.1b; zur Wirksamkeit anderer als auf der Kostenschätzung beruhender Honorarvereinbarungen vgl. oben IV. 1e.

vorgesehene Regelung, wonach die anrechenbaren Kosten „unter Zugrundelegung der DIN 276 in der Fassung von April 1981“ erfolgen muss, ist weggefallen.

Die bisherige Verweisung auf die DIN 276 war aus verfassungsrechtlichen Gründen statisch¹⁷. Die zwischenzeitlich in Kraft getretenen Neufassungen der DIN 276 von Juni 1993 und von November 2006 konnten für die Honorarermittlung nicht zum Zuge kommen. Das Problem soll nun wohl dadurch gelöst werden, dass in § 4 Abs. 1 S. 2 RefE anrechenbare Kosten „nach sachlich allgemein anerkannten Regeln der Technik“ bzw. nach Verwaltungsvorschriften zu ermitteln wären. In diesem Zusammenhang wird auch deutlich, warum in § 2 Nr. 11 RefE die allgemein anerkannten Regeln der Technik definiert werden (vgl. oben III.). Ob über diesen Weg die jeweils aktuelle Fassung der DIN 276 als Grundlage für die nur noch maßgebende Kostenschätzung herangezogen werden kann, wird in der Praxis zu klären sein (vgl. oben III.).

Als Alternative lässt § 4 Abs. 1 S. 2 RefE die Ermittlung „auf der Grundlage ortsüblicher Preise nach den einschlägigen Verwaltungsvorschriften (Kostenvorschriften)“ zu. Das ist gegenüber der bisherigen Regelung bei den anrechenbaren Kosten neu. Allerdings gab es in Leistungsbildern (vgl. z.B. § 15 Abs. 2 Nr. 2, vorletzte Teilleistung HOAI) eine Möglichkeit der Kostenermittlung nach „dem wohnungsrechtlichen Berechnungsrecht“. Diese Leistung war jedoch für die Honorarabrechnung nicht maßgebend, vielmehr konnte sie zur Erfüllung der Honorartatbestände erbracht werden. Soweit es bisher „einschlägige Verwaltungsvorschriften“ noch nicht gibt, wird es sich der öffentliche Auftraggeber kaum nehmen lassen, solche Vorschriften zu entwickeln, um eigenständige Grundlagen für die anrechenbaren Kosten zu schaffen.

3. Honorarzone

Ein Teil der Honorarzoneneinregelung ist vor die Klammer, in den allgemeinen Teil gezogen worden (§ 5 RefE). Der Rest findet sich bei den einzelnen Teilen (hinsichtlich der Objektplanung für Gebäude vgl. § 33 Abs. 2, 3 RefE). Die bisher in der Praxis sehr hilfreiche Objektliste (z.B. § 12 HOAI) ist weggefallen. Nach der Neuregelung gibt es zwar noch Bewertungsmerkmale für die Einordnung in die nach wie vor 5 Honorarzonen. Eine Punktebewertung (§ 11 Abs. 2, 3 HOAI) gibt es dagegen nicht mehr.

Der vom BGH¹⁸ bereits unter der Geltung der HOAI eingeräumte gewisse „Bewertungsspielraum“ der Parteien, wäre damit uferlos. Objektive Maßstäbe sind hier kaum noch anzutreffen, sodass für die Auseinandersetzung zwischen den Parteien erhebliches Potenzial gegeben ist und darüber hinaus die Festlegung des richtigen Mindestsatzes praktisch ausgeschlossen ist.

4. Honorartafel; Absenkung der Tafelendwerte

Der Regelungsbereich der HOAI wird durch Absenkung der Tafelendwerte von € 25.564.594,- auf € 5.000.000,- stark eingeschränkt. Entsprechendes gilt auch für die Tafelendwerte bei Ingenieurbauwerken und Verkehrsanlagen, Tragwerksplanung und Technischer Gebäudeausrüstung. Auch sie werden um etwa 1/5 reduziert. Die HOAI gilt damit nur noch für „Kleinprojekte“. Der „Schutz vor Preiswettbewerb“ soll erhalten bleiben „nur noch für solche kleineren und mittleren Unternehmen, die im Wesentlichen kleine Aufträge bearbeiten“¹⁹. Allerdings sollen damit nur 0,32 % der Bauobjekte tatsächlich aus der HOAI herausfallen²⁰. Weshalb insoweit dann eine Deregulierung erforderlich sein soll, ist auf den ersten Blick nicht einsehbar.

Die Projekte mit anrechenbaren Kosten höher als € 5.000.000,- sind häufig öffentliche Bauvorhaben, insbesondere auch im Bereich der Ingenieurbauwerke (Kläranlagen, Kanäle und Straßen). Gerade der öffentliche Auftraggeber hat jedoch - wie die Erfahrung zeigt - ein starkes Anlehnungsbedürfnis an klare Honorarregelungen. Das bestätigt z.B. auch die Tatsache, dass in der Praxis gegenüber der heutigen HOAI fortgeschriebene Honorartafeln nahezu ausschließlich im Bereich von öffentlichen Auftraggebern existieren²¹.

Die Aufhebung des Mindestpreiskarakters für Projekte über € 5.000.000,- anrechenbare Kosten bringt ein weiteres Problem mit sich. In Vergabeverfahren nach VOF könnte es durchaus auch zur Berücksich-

¹⁷ BGH Urt.v. 22.1.1998 - VII ZR 259/96 = BauR 1998, 354 = ZfBR 1998, 149.

¹⁸ BGH Urt.v.13.11.2003 - VII ZR 362/02 = BauR 2004, 354 = NJW-RR 2004, 233 = NZBau 2004, 159.

¹⁹ Begründung RefE, S. 9f.

²⁰ Ob die durchgeführte Umfrage allerdings repräsentativ ist, wenn die Kostenangaben aus den Genehmigungsverfahren zugrunde gelegt wurden, ist zweifelhaft; immerhin werden erfahrungsgemäß hier niedrigere Angaben gemacht und es sollen nur meist Angaben für die Kostengruppen 3.1 und 3.2 nach DIN 276 (a.F.) gemacht werden.

²¹ Z.B. die fortgeschriebenen Honorartafeln der Bundesländer Baden-Württemberg, Bayern und Nordrhein-Westfalen.

tigung von Honorarangeboten der Architekten und Ingenieure kommen. Entscheidet dann die Höhe der Vergütung über die Auftragssteilung, könnte dies unerwünschte Folgen haben.

5. Leistungsbild; Wegfall von Leistungsphasen

- a) Bei allen noch in dem RefE vorgesehenen Architekten- und Ingenieurleistungen beschränkt sich der Regelungsumfang auf die Leistungsphasen 1 - 5. Die Begründung hält eine Beschränkung auf die „geistig-schöpferische“ Leistungen für notwendig und sinnvoll. Die Definition dieser Leistungen kommt aus dem Urheberrecht und ist für die regelmäßig zu erbringenden Architekten- und Ingenieurleistungen betreffend insbesondere Ingenieurbauwerke, Tragwerksplanung und Technische Ausrüstung ungeeignet. Soweit darauf abgehoben wird, dass nur noch die Planungsleistungen erfasst sein sollen, ist dies nicht konsequent durchgeführt. Immerhin gehören auch die Leistungen im Zusammenhang mit der Vergabe zur Planung im weiteren Sinn. Die Leistungsphase 6 mit den Leistungsbeschreibungen ist nichts anderes als die Fortsetzung bzw. z.T. sogar die Ersetzung der Ausführungsplanung. Bei öffentlichen Aufträgen sind Vergabeunterlagen ohne Leistungsverzeichnisse von Ingenieuren und Architekten kaum denkbar. Weshalb die gesamten Vergabeleistungen (Leistungsphasen 6 und 7 mit Einholen und Werten von Angeboten) nicht zum „Kerngeschäft der Architekten und Ingenieure“ gehören sollen, ist unklar. Mit der Argumentation „Kerngeschäft“ lässt sich auch die Objektüberwachung (Leistungsphase 8) nicht aus dem Regelungsumfang ausgrenzen. Die Leistungsphase 8 enthält nämlich z.T. auch Planungsleistungen (Koordinieren, Aufstellen eines Zeitplans). Die getrennte Beauftragung von Planung (Leistungsphase 1 - 7) und Objektüberwachung (Leistungsphase 8) gibt es eigentlich nicht besonders häufig (Ausnahme: einige Großprojekte, die aber ohnehin nicht mehr unter die HOAI fallen sollen; Einsatz von deutschen und internationalen Stararchitekten). In der Praxis ist sogar eine gegenläufige Übung zu beobachten: Auch bei Großprojekten und bei Vergabe öffentlicher Aufträge steigt die Tendenz zum Generalplanervertrag, der alle Architekten- und Ingenieurleistungen enthält.
- b) Die „Reduktion der HOAI auf das Notwendige, d.h., auf die wesentlichen, geistig-schöpferischen Planungsleistungen als Kernaufgaben“ hätte verschiedene Folgen.

Für die Leistungsphasen 6 - 9 enthält der RefE nur Honorarempfehlungen in der Anlage. Insoweit gibt es keine preisrechtliche Bindung. Diese Leistungen können also im konkreten Einzelfall frei vereinbart und damit auch frei mit den preisgebundenen Leistungen kombiniert werden. Eine Kontrolle, ob Honorarvereinbarungen (z.B. Pauschalhonorar) im Einzelfall bei Vollbeauftragung gegen den Höchst- oder Mindestpreischarakter verstoßen, ist kaum möglich. Nur dann, wenn der Mindestsatz für Leistungsphasen 1 - 5 durch die konkrete Honorarvereinbarung unterschritten ist, lässt sich dies belegen.

Nach dem bisherigen Berufsbild der Architekten im Hinblick auf Gebäude und der Ingenieure betreffend Ingenieurbauwerke hatten diese im Regelfall die volle Planungs- und Überwachungsleistung zu erbringen. An der Beauftragung mit der Gesamtleistung würde sich durch die HOAI-Novelle (auf jeden Fall zunächst) nichts ändern. Das bisherige und typische Berufsbild von Architekten und Ingenieuren ist damit vom RefE nicht erfasst. Die künftige HOAI würde damit eine Architekten- und Ingenieurleistung erfassen und regeln, die es so jedenfalls in der Bundesrepublik Deutschland normalerweise gar nicht gibt.

Angesichts dessen, dass bei Architektenleistungen für Gebäude eine Preisbindung nur noch für 52 % der bisherigen Leistungen gegeben ist und bei Ingenieurbauwerken sogar mehr als 50 % des Gesamthonorars auf Leistungsphasen 6 - 9 und die örtliche Bauüberwachung entfallen, werden die betreffenden Architekten und Ingenieure zum Paketanbieter, wenn sie die bisherige Gesamtleistung erbringen. Insofern ist auch zu berücksichtigen, dass die HOAI künftig keine Regelung mehr für Honorare bezüglich Besonderen Leistungen enthalten soll. Werden dem Architekten und Ingenieur neben dem Vollauftrag für bisherige Grundleistungen auch noch die sehr wichtige Bestandsaufnahme, eine Bauvoranfrage oder beim Bauen mit dem Generalunternehmer umfangreiche Besondere Leistungen übertragen, dann ist die HOAI insgesamt nicht mehr anwendbar. Das Scherengewicht liegt in solchen Fällen dann nämlich nicht mehr auf preisgebundenen Leistungen²².

Abgesehen also davon, dass durch Kombination von preisgebundenen und nicht preisgebundenen Leistungen im Ergebnis ohne Probleme der Mindestsatz unterschritten sowie der Höchstsatz überschritten werden kann, findet die HOAI auf denjenigen Architekten- und Ingenieurvertrag, der das

²²

Zum Paketanbieter vgl. BGH Urt.v.22.5.1997 - VII ZR 290/95 = BauR 1997, 677 = NJW 1997, 2329; Kniffka/Koebler, Kompendium, 3. Aufl., 12. Rdn. 154 m.w.Nachw.

bisherige Berufsbild zum Gegenstand hat, ohnehin keine Anwendung mehr. Bleibt das bisherige Berufsbild in der Praxis erhalten, besteht die Gefahr, dass die HOAI ins Leere läuft. Es wäre zu prüfen, ob dann der Auftrag nach Art. 10 §§ 1, 2 MRVG noch umgesetzt ist.

VI. Fälligkeit des Honorars

1. Fälligkeit der Schlusszahlung

Die derzeit gültige Vorschrift des § 8 Abs. 1 HOAI betreffend die Fälligkeit der Schlusszahlung soll mit der Begründung gestrichen werden, sie lehne sich an §§ 641, 646 BGB an und es bestehe deshalb für sie kein Bedarf.

Tatsächlich weicht jedoch § 8 Abs. 1 HOAI erheblich von § 641 BGB ab. Für die Fälligkeit genügt nämlich die „vertragsgemäße Erbringung der Leistungen“, ein objektiver Tatbestand, während für die Abnahme nach § 641 BGB die „Billigung“ (einseitige Willenserklärung) des Auftraggebers erforderlich ist. Erschwerend käme hinzu, dass im Falle der Kündigung nach neuerer Rechtsprechung noch die Abnahme der Architekten- und Ingenieurleistungen zusätzliche Fälligkeitsvoraussetzung wäre²³. Die Abnahme des Architekten- und Ingenieurwerks ist eines der heikelsten Kapitel. Schwierigkeiten für den Auftragnehmer ergeben sich insoweit schon bisher im Hinblick auf die Verjährung von Mängelansprüchen. Anknüpfungspunkt für einen Abnahmewillen des Auftraggebers ist hier meistens, dass nach vollständiger Erbringung der Leistungen eine Schlussrechnung gestellt und diese bezahlt wurde. In allen anderen Fällen tut sich der Architekt/Ingenieur mit der „Billigung“ sehr schwer.

Eine Streichung des § 8 Abs. 1 HOAI erscheint äußerst folgenschwer für Auftragnehmer und angesichts der Probleme mit der Abnahme auch nicht gerechtfertigt. Zu bedenken ist ferner, dass der BGH § 8 Abs. 1 HOAI für wirksam erklärt hat und ihm sogar Leitbildcharakter zugesprochen hat²⁴. Weshalb der Verordnungsgeber die Bestimmung dann beseitigen will, ist nicht nachvollziehbar. Auch aus Sicht des Auftraggebers wäre der Wegfall des § 8 Abs. 1 HOAI nachteilig, weil zur Fälligkeit die Übergabe einer prüfbaren Honorarschlussrechnung nicht mehr erforderlich wäre.

2. Abschlagszahlungen

Nach dem RefE soll ferner die Vorschrift des § 8 Abs. 2 HOAI betreffend Abschlagszahlungen gestrichen werden, „da schon nach der bestehenden Regelung des § 632a BGB Abschlagszahlungen gefordert werden können“. Diese Aussage ist nur mit der kleinen Einschränkung richtig, dass das Wort „keine“ fehlt. Die Anforderungen des § 632a BGB vermag der Auftragnehmer praktisch nicht zu erfüllen. Auch wenn man die einzelnen Leistungsphasen des § 15 HOAI als „in sich geschlossene Teile des Werkes“ ansehen würde, dann ist damit noch nichts gewonnen. Der Anspruch besteht nämlich nur, wenn dem Besteller Eigentum an den Teilen des Werkes übertragen oder Sicherheit hierfür geleistet wird (§ 632a S. 3 BGB). Würde man den Auftragnehmer auf die Sicherheitsleistung verweisen, dann wäre damit im Ergebnis die volle Vorleistungspflicht nicht beseitigt. Die Verschaffung von „Eigentum“ an seinem Werk ist ein schwieriges Kapitel. Auch wenn man hier eine auftragnehmerfreundliche Auffassung vertreten wollte, dann müsste sich mindestens die Planung im Grundstück und Bauwerk verwirklicht haben²⁵. Wann dies der Fall ist, ist sehr schwer festzustellen. Fest steht aber, dass der nach dem RefE von der HOAI erfasste Planer - wenn nicht gebaut wird oder sehr spät oder anders gebaut wird - völlig in der Luft hängen kann und erste Abschlagszahlungen frühestens mit Realisierung des Projekts erhalten könnte.

Besonders angesichts dessen, dass der VII. Zivilsenat des BGH erst kürzlich entschieden hat, dass auch § 8 Abs. 2 HOAI Leitbildcharakter hat²⁶, erstaunt der geplante Wegfall dieser Vorschrift in der HOAI-Novelle.

²³ BGH Urt.v. 11.5.2006 - VII ZR 146/04 = BauR 2006, 1294 = NZBau 2006, 569 m.Anm.Thode = ZfBR 2006, 638 für den Bauvertrag.

²⁴ BGH Urt.v. 9.7.1981 - VII ZR 139/80 = BGHZ 81, 299 = BauR 1981, 582 = NJW 1981, 2351.

²⁵ Ähnlich der Rechtsprechung zu § 648 BGB.

²⁶ BGH Beschl. v.22.12.2005 - VII ZB 84/05 = BauR 2006, 674 = NJW-RR 2006, 597 = NZBau 2006, 245 m.Anm. Scholtissek NZBau 2006, 299.

VII. Wegfallende Regelungen

1. „Beratungsleistungen“

Sowohl im Hinblick auf die „nicht planerischen Leistungen“²⁷ als auch im Hinblick auf die sog. Beratungsleistungen (Teile X bis XIII der HOAI) soll eine Deregulierung stattfinden²⁸. Die Streichung dieser Honorarregelungen ist akzeptabel. Die Erfahrung in der Praxis zeigt, dass Preisrecht hier weder zum Schutz des Verbrauchers/ Auftraggebers noch zu Gunsten von Auftragnehmern nötig ist. Im Hinblick auf die bisherigen Regelungen für städtebauliche Leistungen (Teil V) und landschaftsplanerische Leistungen (Teil VI) wäre zu erwägen gewesen, ob diese nicht ebenfalls wegfallen bzw. in die Anlage als Empfehlung aufgenommen werden können. Als Bestätigung für diesen Vorschlag werden die sonstigen städtebaulichen Leistungen anzusehen sein, weil sich hier in der Praxis gut handhabbare Regelungen entwickelt haben. Entsprechendes dürfte auch bei den städtebaulichen und landschaftspflegerischen Leistungen in Zukunft geschehen können.

Zu klären ist, welche Bedeutung es haben wird, wenn im Anhang hinsichtlich der Teil X bis XIII und auch im Hinblick auf die „nicht planerischen“ Leistungen aus Leistungsphasen 6 - 9 eine Empfehlung abgegeben wird. Es soll sich insoweit um „unverbindliche Regelungen“ handeln, die aber eine „Orientierungshilfe“ für die Parteien darstellen sollen²⁹. Fest steht, dass die Parteien im Hinblick auf diese Leistungen eine Honorarvereinbarung frei treffen könnten. Die Honorarvorschläge im Anhang stellen dabei sicherlich kein Leitbild oder gar einen Mindest- bzw. Höchstsatz dar. Denkbar wäre allenfalls, dass die Honorarempfehlungen im Anhang zum Zwecke der Kontrolle einer Honorarvereinbarung nach § 138 BGB herangezogen werden könnten. Haben die Parteien dagegen hinsichtlich der deregulierten Leistungen keine Honorarvereinbarung getroffen, dann stellt sich die Frage, ob der Anhang die „übliche Vergütung“ i.S. § 632 Abs. 2 BGB enthält. Alleine die Aufnahme in einem Anhang genügt dafür jedoch noch nicht. Erst die Anwendung in der Praxis würde dazu führen, dass eine solche Vergütung üblich werden kann. Auch in berufrechtlicher (standesrechtlicher) Hinsicht dürften die Honorarvorschriften im Anhang keine Auswirkungen haben. Der öffentliche Auftraggeber könnte sie jedoch durch Verwaltungsvorschriften intern verbindlich machen.

2. Sonstige Streichungen

Der RefE sieht vor, dass die Regelungen betreffend Besondere Leistungen (§ 2 Abs. 1 - 3 und § 5 Abs. 4, 4a und 5 HOAI) vollständig in Wegfall kommen. Eine eigenständige Regelung für Besondere Leistungen ist in der Tat nicht erforderlich. Im Allgemeinen geht es hier um die bürgerlich-rechtliche Frage, wann und unter welchen Voraussetzungen ein zusätzlicher Honoraranspruch besteht. Die bisherige Regelung in § 5 Abs. 4 HOAI hatte wegen des Schriftformerfordernisses insoweit Schutzfunktion zu Gunsten des Auftraggebers³⁰. Die Bestimmungen betreffend die Höhe des Honorars für Besondere Leistungen zeichnen sich ohnehin nicht durch besondere Regelungsdichte aus. Eine wesentliche Änderung wird sich insoweit allerdings durch Eingreifen der „üblichen Vergütung“ nicht ergeben.

Entfallen soll auch die Regelung über das Zeithonorar (§ 6 HOAI), welche ohnehin nur Mauerblümchendasein genossen hatte. Ohne größere praktische Bedeutung war auch § 4a HOAI, welcher ganz wegfallen soll. Allerdings sollte sich der Ordnungsgeber bei der Frage, ob das Baukostenvereinbarungsmodell richtig ist, an der geringen rechtlichen Bedeutung des § 4a HOAI orientieren. Der geplante Wegfall des § 8 HOAI betreffend Fälligkeit von Schlusszahlung und Abschlagszahlungen (dazu oben VI.) ist dagegen für die Praxis - ohne Änderung des § 632a BGB durch den Gesetzgeber - nicht akzeptabel.

VIII. Ungelöste Fragen

1. Honorare für Änderungen

²⁷ Vgl. dazu oben VI. 5a.

²⁸ Begründung RefE, S. 8

²⁹ Begründung RefE, S. 76.

³⁰ Es handelt sich beim Schriftformerfordernis um eine Anspruchsvoraussetzung für die Geltendmachung zusätzlicher Honorare für Besondere Leistungen: BGH Urt.v. 24.11.1988 - VII ZR 313/87 = BauR 1989, 222 = NJW-RR 1989, 786 = ZfBR 1989, 101.

Eines der dringendsten Probleme in der Praxis ist die Frage, welchen Abgeltungsbereich die HOAI hat und welche Honorare für Planungsänderungen (verlorene Planungen) zur Verfügung stehen. Anders als die VOB in §§ 1 Nr. 3, 4 und 2 Nr. 5 - 7 VOB/B enthält die HOAI eine Regelung für Mehrvergütungsansprüche nicht³¹. Orientieren könnte sich eine Neuregelung für die HOAI an der Rechtsprechung. Die Grundlagen hat der VII. Zivilsenat des BGH kürzlich in einer Entscheidung gelegt: Änderungen von Grundleistungen stellen Grundleistungen dar und können zusätzlich vergütungspflichtig sein, wenn sie wesentlich sind, wenn sie auf Anordnung vorgezogen werden müssen, wenn sie zusätzlich oder nochmals erbracht werden müssen³².

Die Regelung in § 10 RefE löst das Problem nicht. Der Abs. 1 dieser Bestimmung betrifft die Änderungen nach grundsätzlich verschiedenen Anforderungen, eine Vorschrift, die ohnehin überflüssig ist, wenn ein allgemeiner Regelungstatbestand gefunden wird. In Abs. 2 sind zwar Änderungen erfasst, jedoch geht es hier um die Wiederholung der vollen Vor- oder Entwurfsplanung, also einen nicht sehr häufig auftretenden Fall. Auch mit § 3 Abs. 1, S. 2 RefE ist das Thema nicht geklärt, weil danach nur bestimmte Sachverhalte aus dem Regelungsbereich herausgenommen und keiner Lösung zugeführt werden.

2. Änderungsvorschläge des 1. Deutschen Baugerichtstags

Die Änderungsvorschläge des 1. Deutschen Baugerichtstags vom 19./20.5.2006 blieben im Wesentlichen unberücksichtigt³³. Das gilt für die Einführung einer „Taxe“, ebenso wie für den Wegfall des Merkmals „bei Auftragserteilung“, was jedoch letzten Endes nur der Gesetzgeber lösen kann (vgl. Art. 10, §§ 1, 2 MRVG). Eine Verbesserung der Regelung betreffend die Bausubstanz ist ebenfalls nicht vorgesehen. Insgesamt spielt das Bauen im Bestand eine noch geringere Rolle als früher (Wegfall des Umbauschlags), obwohl es in der Praxis immer häufiger sein wird.

IX. Zusammenfassung

1. Der RefE enthält einige gute Ansätze:
 - Beschränkung der HOAI auf im Inland ansässige Auftragnehmer.
 - Verschlankung der HOAI durch „Deregulierung“ der Teile X bis XIII sog. Beratungsleistungen; entfallen könnten auch noch die Teile V und VI.
 - Beibehaltung der wegfallenden Teile als Empfehlung im Anhang.
 - Wegfall der Regelungen betreffend Besondere Leistungen.
 - Reduzierung der Honorarberechnung auf eine einzige Kostenermittlung, wobei aber die Kostenberechnung maßgebend sein sollte und eine Grundnorm für die Honorierung von Änderungen, Zusatzleistungen usw. aufgenommen werden müsste.
 - Wegfall des Zeithonorars.
2. Der RefE führt allerdings dazu, dass es einen - vom Gesetzgeber vorgeschriebenen (Art. 10, §§ 1, 2 MRVG) - nach objektiven Parametern bestimmbaren Mindest- und Höchstsatz nicht mehr gibt,
 - weil die Parteien die Basis für das Honorar durch einvernehmliche Festlegung auf die Kostenschätzung bestimmen können und eine objektive Kontrolle nicht vorgesehen ist, weshalb das Baukostenvereinbarungsmodell gestrichen werden sollte,
 - weil die Parteien ein Leistungspaket aus preisgebundenen (Leistungsphasen 1 - 5) und deregulierten (Leistungsphasen 6 - 9 und § 57 HOAI) Leistungen vereinbaren können, welches dann bezüglich der Honorarvereinbarung nicht am Preisrecht zu messen ist und
 - weil die Honorarzone disponibel und nicht mit objektiven Bewertungsmerkmalen überprüfbar ausgestaltet ist.
3. Der RefE enthält einzelne Ungereimtheiten, insbesondere

³¹ Ausnahme: § 20 HOAI, der den Sachverhalt aber nicht abdeckt; vgl. unten.

³² BGH Urt.v. 26.7.2007 - VII ZR 42/05 = BauR 2007, 1761 (1764) = NZBau 2007, 653 m.Anm. Scholtissek.

³³ Vgl. dazu BauR 2006, 1615 ff., wobei einige Vorschläge auch an den Gesetzgeber gerichtet waren.

- nur noch eine einzige Form der Honorarvereinbarung betreffend die anrechenbaren Kosten auf der Grundlage der Kostenschätzung,
- die Anbindung der Honorarvereinbarung an die Kostenschätzung, obwohl es diese erst „nach Auftragserteilung“ gibt,
- die Grundlage der Kostenschätzung für Fälle ohne (wirksame) Honorarvereinbarung, wobei diese in der Regel keine Aussagen über nur teilweise, gar nicht bzw. nur unter bestimmten Voraussetzungen anrechenbare Kosten (§ 31 Abs. 2, 3 RefE betreffend Gebäude) macht,
- die Freigabe von Leistungsphasen 6 - 9 und die Absenkung der Tafelendwerte, wodurch sich auch Auswirkungen auf Vergabeverfahren (Preiswettbewerb) betreffend Architekten- und Ingenieurleistungen ergeben werden,
- den Wegfall der Regelungen über die Fälligkeit von Schlussrechnung und Abschlagszahlungsforderungen (§ 8 HOAI).