



GDWS, Bonn
BAW, Karlsruhe
BfG, Koblenz
BSH, Hamburg

Nachrichtlich:
Freie und Hansestadt Hamburg – Behörde für
Wirtschaft, Verkehr und Innovation
Hamburg Port Authority
Senator für Wirtschaft, Arbeit und Häfen der
Hansestadt Bremen
bremenports GmbH & Co. KG
Bundeseisenbahnvermögen
BRH

HAUSANSCHRIFT
Robert-Schuman-Platz 1
53175 Bonn

POSTANSCHRIFT
Postfach 20 01 00
53170 Bonn

TEL +49 (0)228 99-300-4441
FAX +49 (0)228 99-300-807 4441

KOM-WSV@bmvi.bund.de
www.bmvi.de

**Betreff: Stufenverträge
Anwendung der Übergangsvorschriften der Honorarordnung für
Architekten und Ingenieure bei stufenweiser Beauftragung**

Bezug: Urteil des BGH vom 18.12.2014 – VII ZR 350/13
Aktenzeichen: KoM-WSV/2216.11/24-4
Datum: Bonn, 14.04.2015
Seite 1 von 7

A. Rechtsstreit vor dem BGH

I. Sachverhalt

Der Auftraggeber beabsichtigte die Neugestaltung von Gebäuden und Außenflächen. Nach Durchführung eines Vergabeverfahrens mit öffentlichem Teilnahmewettbewerb gemäß § 5 Abs. 1 VOF (2006) übertrug der Auftraggeber dem Auftragnehmer mit schriftlichem Generalplanervertrag vom 26. Mai 2009 Architektenleistungen für die Neuerrichtung von Gebäuden und der befestigten Außenflächen des Geländes.

Der Vertrag enthielt in § 1 u.a. folgende Bestimmung:

"Für die Neuerrichtung der Gebäude ist die komplette Planung entsprechend den Leistungsphasen 1-8 des § 15 HOAI zu erbringen. Es ist vorgesehen im ersten Schritt die Leistungsphasen 1-4 (Phase I) zu beauftragen. Die Beauftragung der Leistungsphasen 5-8 (Phase II) erfolgt optional nach erfolgter Genehmigung des Bauvorhabens durch die vorgesetzte Dienst-





Seite 2 von 7

stelle."

Der Auftraggeber übertrug dem Auftragnehmer die Leistungsphasen 1 bis 4 (Phase I) für das Bauvorhaben. Hinsichtlich der weiteren Architektenleistungen wurde im Vertrag Folgendes ausgeführt:

"Der Auftraggeber beabsichtigt, dem Auftragnehmer bei Fortsetzung der Planung und Ausführung der Baumaßnahme weitere Leistungen der Phase II - einzeln oder im Ganzen - zu übertragen, wenn die bisherigen Leistungen zur Zufriedenheit des Auftraggebers erbracht worden sind und eigenes Personal nicht zur Verfügung steht. Die Übertragung erfolgt schriftlich.

Der Auftragnehmer ist verpflichtet, die weiteren Leistungen zu erbringen, wenn sie ihm vom Auftraggeber innerhalb von 24 Monaten nach Fertigstellung der Leistungen der Phase I übertragen werden.

Der Auftraggeber behält sich vor, die Übertragung auf einzelne Abschnitte der Baumaßnahme zu beschränken. Ein Rechtsanspruch auf die Übertragung der Leistungen der Phase II besteht nicht.

Aus der stufenweisen Beauftragung kann der Auftragnehmer keine Erhöhung seines Honorars ableiten.

Wenn dem Auftragnehmer die Leistungen der Phase II nicht innerhalb von 24 Monaten nach Fertigstellung der Leistungen der Phase I übertragen werden, kann der Auftragnehmer den Vertrag aus wichtigen Gründen kündigen, ohne dass dem Auftraggeber wegen der Kündigung ein Schadensersatz zusteht."

Im Vertrag wurden sämtliche in den Leistungsphasen zu erbringenden Leistungen, die Honorarzone und die Mindestsätze der Honorartafeln der HOAI (2002) festgelegt und vereinbart. Des Weiteren wurden unter Bezugnahme auf die Leistungsbilder der HOAI (2002) die Vom-Hundert-Sätze für die Leistungsphasen 1 bis 8 bestimmt. Die anrechenbaren Kosten für die Leistungsphasen 1 bis 4 (Phase I) wurden nach der Kostenschätzung der Entwurf-Haushaltsunterlage ermittelt, während für die Leistungsphasen 5 bis 8 (Phase II) die vom Auftragnehmer zu erstellende Kostenberechnung gemäß DIN 276 der Entwurf-Ausführungsunterlage maßgebend sein sollte. Auf dieser Grundlage wurde im Vertrag das Honorar für die Phase I des Bauvorhabens konkret errechnet und vereinbart.

Der Auftragnehmer erbrachte die Leistungen der Phase I und wurde innerhalb der vertraglich vereinbarten Frist von 24 Monaten nach Fertigstellung dieser Phase, zu einem Zeitpunkt nach dem 17. August 2009 (Inkrafttreten HOAI 2009), zur Erbringung der Leistungen der





Seite 3 von 7

Phase II des Bauvorhabens aufgefördert.

Am 28. Oktober 2011 verlangte der Auftragnehmer für erbrachte Leistungen der Phase II eine Abschlagszahlung. Dabei legte der Auftragnehmer die Mindestsätze der Honorartafeln der HOAI (2009) für die Leistungen der Phase II zugrunde und ermittelte die anrechenbaren Kosten ausweislich der Abschlagsrechnung auf der Grundlage von Kostenanschlag und Kostenberechnung der Entwurf-Ausführungsunterlage; ergänzend begründete er die Höhe der anrechenbaren Kosten mit Planungsänderungen. Der Auftraggeber kürzte die Abschlagszahlung für die Phase II mit der Begründung, dass die Honorartafeln der HOAI (2002) für diese Leistungen Anwendung fänden und die anrechenbaren Kosten auf der Grundlage der Kostenberechnung der Entwurf-Ausführungsunterlage zu bestimmen seien.

II. Entscheidung des BGH

Der BGH hat im o. g. Urteil entschieden, dass bei einer zulässigen, stufenweisen Beauftragung von Planungsleistungen der Abrufzeitpunkt bestimmend sei für die anzuwendende Honorarordnung und dies wie folgt begründet:

Das OLG, an dessen Auslegung der BGH sich gebunden fühlt, habe den konkreten Vertragstext dahingehend interpretiert, dass eine feste Bindung des Auftraggebers hinsichtlich der Beauftragung des bisherigen Auftragnehmers mit Leistungen der Leistungsphasen 5 bis 8 gerade nicht gewollt gewesen sei. Ein Vertrag über die Erbringung dieser weiteren Leistungsphasen sei mithin erst mit der nach Inkrafttreten der HOAI 2009 erfolgten Aufforderung zur Erbringung dieser Leistungen zustande gekommen, welche gleichzeitig eine rechtzeitige Annahmeerklärung im Sinne des § 147 Abs. 2 BGB darstellte.

Die Überleitungsvorschrift des § 55 HOAI 2009, die inhaltsgleich mit § 57 HOAI 2013 ist, knüpfe an die vertragliche Vereinbarung der Leistung an. Entscheidend sei danach allein der Zeitpunkt der Beauftragung der Leistungen und nicht der Zeitpunkt einer vorab getroffenen Honorarvereinbarung für später zu erbringende Leistungen, auch wenn schon konkrete Festlegungen zu den beabsichtigten Leistungen und deren Honorierung im Ausgangsvertrag getroffen worden seien.

Der Vertragsabschluss über die Leistungen abzurufender (Leistungs)Stufen erfolgt nach Auffassung des BGH bei einem nach dem konkreten Vertragsinhalt fehlendem Bindungswillen hinsichtlich weiterer Stufen insoweit nicht bereits zum Zeitpunkt des Zustandekommens des schriftlichen Ausgangsvertrages betreffend die erste Stufe, sondern erst mit der Aufforderung zur Erbringung der weiteren Leistungen.





Seite 4 von 7

Vergaberechtliche Probleme sieht der BGH im konkret entschiedenen Fall nicht: Soweit der Anwendungsbereich der HOAI eröffnet sei, würde diese Vorschriften vielmehr den zwingenden Charakter des Preisrechts als vorrangig anerkennen. So sei gemäß § 16 Abs. 3 Satz 2 VOF (2006) bei der Auftragserteilung der Preis im Anwendungsbereich der HOAI nur in dem dort vorgesehenen Gebührenrahmen zu berücksichtigen. Aus der nachfolgenden Fassung der VOF, vgl. § 11 Abs. 5 Satz 3 VOF (2009), sowie aus der von der Revision in Bezug genommenen, derzeit noch nicht umgesetzten Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG - 2014/24/EU (ABl. L 94 vom 28. März 2014, S. 65), vgl. Art. 67 Abs. 1, ergebe sich nichts anderes.

Der BGH vertritt mithin die Ansicht, dass bei dieser konkreten Fallgestaltung die Parteien das Honorar betreffend die weitere Leistungsphase nicht nachträglich verändert haben, sondern dass die Honoraranpassung an die neue HOAI (2009) von Anfang an im Vertrag angelegt gewesen sei (vgl. presstext, EuGH C-454/06 Rdnr. 37).

B. Honorarermittlung

Die Übergangsregelung der HOAI 2009 (§ 55) wurde inhaltlich unverändert in der HOAI 2013 (§ 57) übernommen. Die o. g. BGH-Entscheidung ist sowohl bei Abrufen, die nach dem Inkrafttreten der HOAI 2009 erfolgen, als auch bei Verträgen zu berücksichtigen, bei denen weitere Stufen nach Inkrafttreten der HOAI 2013, also nach dem 17.07.2013, abgerufen werden.

Anpassungen der Honorarermittlung sind nur für die Leistungen vorzunehmen, die nach Inkrafttreten einer neuen HOAI (z.B. HOAI 2009 oder HOAI 2013) abgerufen und im Sinne des BGH erst zu diesem Zeitpunkt vertraglich wirksam wurden oder werden. Bei einem Abruf, der nur unter den unter C. aufgeführten Bedingungen zulässig ist, ist die Honorarermittlung im Detail zu erläutern.

Honorare für laufende oder noch nicht erbrachte Leistungen, die aber bereits vor Inkrafttreten einer neuen HOAI (z.B. HOAI 2009 oder HOAI 2013) beauftragt bzw. abgerufen wurden, sind nicht anzupassen.

Grundsätzlich ist zu unterscheiden zwischen den zwingend zu beachtenden preisrechtlichen Honorarermittlungsgrundlagen und dem im Einzelfall vertraglich vereinbarten Leistungsumfang. Die frei vereinbarten Honorare, z. B. für besondere Leistungen, sind von der Anpassung nach Inkrafttreten einer neuen HOAI nicht betroffen.





Seite 5 von 7

In diesem Sinne sind bei der Ermittlung der anrechenbaren Kosten die Honorarermittlungsgrundlagen der jeweils maßgeblichen HOAI zu beachten.

Liegt dem Ausgangsvertrag die HOAI 2002 zugrunde und wurden/ werden die weiteren Leistungsstufen nach Inkrafttreten der HOAI 2009 oder der HOAI 2013 abgerufen, so sind für die Honoraranpassung die anrechenbaren Kosten der Kostenberechnung zugrunde zu legen. Eine Fortschreibung der Honorare auf Basis der anrechenbaren Kosten des Kostenanschlags und der Kostenfeststellung ist nicht möglich, da diese in der HOAI 2009 und HOAI 2013 nicht mehr enthalten sind.

Wurde der Ausgangsvertrag auf der Grundlage der HOAI 2009 abgeschlossen und werden weitere Stufen nach Inkrafttreten der HOAI 2013 beauftragt, so ist bei Leistungen im Bestand die mitzuverarbeitende Bausubstanz (mvB) gemäß § 4 (3) HOAI 2013 bei den anrechenbaren Kosten zu berücksichtigen. In diesem Zusammenhang wird nochmals darauf hingewiesen, dass es sich bei der mvB nur um Bausubstanz handelt, die bereits durch Bauleistungen hergestellt wurde und die tatsächlich auch technisch oder gestalterisch mit verarbeitet wird (§ 2 (7) HOAI 2013).

Die HOAI weist lediglich für Grundleistungen (§ 3 HOAI 2013) verbindliche Honorare aus.

Es ist möglich und zulässig, nicht alle Leistungsphasen oder nicht alle Grundleistungen einer Leistungsphase im Ausgangsvertrag zu vereinbaren (§ 8 HOAI 2013). Bei etwaigen Abrufen bleiben die im Ausgangsvertrag vereinbarten Leistungen Vertragsgrundlage. Es ist rechtlich nicht zulässig, den Leistungsumfang an die neuen Leistungsbilder der HOAI 2013 anzupassen.

Bei der Ermittlung der Honorare für die weiteren Leistungsstufen ist bei einem Übergang auf eine neue HOAI deshalb bei einem Abruf die prozentuale Bewertung der Leistungsphasen gemäß HOAI 2013 an den im Ausgangsvertrag tatsächlich festgelegten Umfang der spezifischen Leistungspflichten anzupassen.

Honorarermittlung im Detail:

Bei vertraglicher Vereinbarung weitere(n)r Stufe(n) nach einem Übergang von der HOAI 2002 auf die HOAI 2009:

- abschließende Honorarvereinbarung auf Grundlage der Kostenberechnung (§ 6 Absatz 1 Nummer 1 HOAI 2009),
- Honorartafelwerte HOAI 2009,
- keine Berücksichtigung der mitzuverarbeitenden Bausubstanz bei





Seite 6 von 7

- den anrechenbaren Kosten,
- ggf. Umbauschlag gem. § 35 HOAI 2009,
- frei zu vereinbarende Honorare für die Leistungsbilder der Anlage 1 HOAI 2009 sowie der örtlichen Bauüberwachung für das Leistungsbild Ingenieurbauwerke und Verkehrsanlagen.

Bei vertraglicher Vereinbarung weitere(n)r Stufe(n) nach einem Übergang von der HOAI 2002 auf die HOAI 2013:

- abschließende Honorarvereinbarung auf Grundlage der Kostenberechnung (§ 6 Absatz 1 Nummer 1 HOAI 2013),
- Honorartafelwerte HOAI 2013,
- ggf. Ermittlung der mitzuverarbeitenden Bausubstanz auf Basis der Kostenberechnung (§ 4 Absatz 3 HOAI 2013)
- ggf. Ermittlung des Umbauschlages gem. § 6 Absatz 2 HOAI 2013 und unter Berücksichtigung der in den Teilen 3 und 4 HOAI 2013 genannten Prozentwerte.
- Anpassung der prozentualen Bewertung der Leistungsphasen gemäß HOAI 2013 an die (im Ausgangsvertrag) vertraglich vereinbarten spezifischen Leistungspflichten.

Bei vertraglicher Vereinbarung weitere(n)r Stufe(n) nach einem Übergang von der HOAI 2009 auf die HOAI 2013:

- abschließende Honorarvereinbarung auf Grundlage der Kostenberechnung (§ 6 Absatz 1 Nummer 1 HOAI 2013),
- Honorartafelwerte HOAI 2013,
- ggf. Berücksichtigung der mitzuverarbeitenden Bausubstanz bei den anrechenbaren Kosten (§ 4 Absatz 3 HOAI 2013),
- ggf. Ermittlung des Umbauschlages gem. § 6 Absatz 2 HOAI 2013 und unter Berücksichtigung der in den Teilen 3 und 4 HOAI 2013 genannten Prozentwerte,
- Anpassung der prozentualen Bewertung der Leistungsphasen gem. HOAI 2013 an die (im Ausgangsvertrag) vertraglich vereinbarten spezifischen Leistungspflichten.

C. Zulässigkeit von Abrufen aus einem Stufenvertrag

Die späteren Beauftragungen (Abrufe) im Rahmen eines Stufenvertrages sind zulässig, wenn nachfolgende Bedingungen erfüllt sind:

1. Der Wert des später zu erteilenden (zweiten) Auftrags muss gemäß § 3 Abs. 1 VgV beim ursprünglichen Vergabeverfahren mit berücksichtigt worden sein.
2. Der Auftragnehmer, der in Bezug auf die weitere(n) Stufe(n) noch Bieter ist, muss im Hinblick auf § 147 BGB noch an sein Angebot





Seite 7 von 7

gebunden sein. Nach dieser Vorschrift kann der einem Abwesenden gemachte Antrag nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf. Da dieser Zeitpunkt nicht rechtssicher bestimmbar ist, wird die ausdrückliche Nennung einer Bindefrist empfohlen, die im Hinblick auf den konkreten Vertrag geeignet ist, den Regelungsgehalt des § 147 BGB auszufüllen. Die verspätete Annahme eines Antrags nach Ablauf der Bindefrist gälte gemäß § 150 Abs. 1 BGB hingegen als neuer Antrag, dessen Annahme zu einer unzulässigen de-facto-Vergabe im Sinne von § 101 b GWB führen würde.

3. Der gesamte Inhalt des öffentlichen Auftrags als solcher („Leistungsvereinbarung“) muss bereits im ursprünglichen Vertragstext abschließend festgelegt worden sein und muss die materiellen Anforderungen des Art. 72 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 2014/24/EU erfüllen.
4. Die spätere Beauftragung der weiteren Stufe(n) darf von dem ursprünglichen Vertragstext im Ausgangsvertrag nicht mehr abweichen. Eine Annahme der Beauftragung unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen durch den Auftragnehmer gälte gemäß § 150 Abs. 2 BGB als Ablehnung verbunden mit einem neuen Angebot. Dessen Annahme durch den Bieter (Auftragnehmer) würde ebenfalls zu einer unzulässigen de-facto-Vergabe im Sinne von § 101 b GWB führen.

Liegt auch nur eine der o.g. Bedingungen nicht vor, kann/können die weitere(n) Stufe(n) nicht ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens beauftragt werden.

Die o. g. Bedingungen gelten für sämtliche Stufenverträge, nicht nur für HOAI-Verträge.

Davon unberührt ist das Vorgehen bei Nachträgen. Insoweit wird auf das VHF BVI, Teil 3, Abschnitt 1.4 verwiesen.

Im Auftrag


Berthold Tiefenbach

