

## Aufsätze

Rechtsanwalt Professor Dr. Heiko Fuchs\*

### Mehraufwand des Architekten infolge Preisgleitung

#### Abgrenzung von Grundleistungen und Besonderen Leistungen der HOAI

Infolge Corona-Pandemie und Ukraine-Krieg sind die Einkaufspreise für Baustoffe ungewöhnlich volatil. Die Vergabe von Bauleistungen zum Festpreis ist zumindest bei mittleren und großen Bauvorhaben nur noch in Ausnahmefällen ohne für den Auftraggeber unwirtschaftliche Risikozuschläge der Bieter möglich, soweit überhaupt Angebote eingehen. Veranlasst durch eine entsprechende Erlasslage auf Bundesebene sehen öffentliche Auftraggeber in Vergabeverfahren für bestimmte Baustoffe vermehrt indexbasierte Preisgleitklauseln vor, auch private Auftraggeber übernehmen diese regelmäßig. Vom Architekten wird dann erwartet, die Beratung zu Preisgleitklauseln sowie die Umsetzung derselben bei Vergabe und Rechnungsprüfung als Teil der beauftragten Grundleistungen ohne Anpassung des Honorars vorzunehmen. Bei näherer Betrachtung zeigt sich aber, dass es sich durchgehend um ungeschriebene und gesondert zu honorierende Besondere Leistungen handeln dürfte.

#### I. Ausgangslage

Die Folgen der Corona-Pandemie und des Ukraine-Kriegs insbesondere für die Verfügbarkeit und die Marktpreise von Baustoffen, aber auch der sich in steigenden Gehältern manifestierende Personalmangel in Planungsbüros und der Bauwirtschaft haben zu einer intensiven rechtlichen Diskussion um die Anpassung laufender Bauverträge an gestiegene Kosten geführt.<sup>1</sup> Die Bundesbauverwaltung hat für die Sektoren Bundeshochbau und Verkehr mit im Wesentlichen gleichlautenden Erlassen vom 25.3.2022<sup>2</sup> innenrechtlich bindende Vorgaben zu derartigen Anpassungen aufgestellt, die zum Teil von anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts und auf Landes- und Kommunalebene übernommen wurden. Gleichzeitig wurden für bevorstehende oder laufende Bauvergaben die Möglichkeiten der Verwendung indexbasierter Preisgleitklauseln für Betriebs- und bestimmte Baustoffe nach Formblatt 225 des Vergabehandbuch des Bundes<sup>3</sup> erweitert. Diese Erlasse waren zunächst bis zum 30.6.2022 befristet und wurden mit Erlass vom 22.6.2022<sup>4</sup> bis zum Ende des Jahres 2022 verlängert. Zugleich wurde alternativ zum Formblatt 225 ein Formblatt 225a eingeführt. Während die Vergabestelle bei ersterem Lieferantenpreise für die Bestimmung des Basiswerts 1, der den Ausgangspunkt für die Indexierung, nicht aber für die Preisbildung der Bieter bildet, anfragen und vorgeben soll, erlaubt das neue Formblatt übergangsweise auch, die zu indizierenden Stoffkosten positionsweise bei den Bietern abzufragen. Insbesondere private Auftraggeber reagieren demgegenüber nicht nur mit auf einen offiziellen Index des Statistischen Bundesamts bezogenen Klauseln, sondern auch mit kostenbasierten Preisanpassungsklauseln in Anlehnung an § 650 c I BGB oder mit Vorauszahlungen gegen Sicherheitsleistungen auf die kaum kalkulierbaren Preisentwicklungen. Da deren Ausgestaltung aber nicht einheitlich ist, beschränken sich die nachfolgenden Ausführungen auf die standardisierten Klauseln nach den Formblättern des VHB Bund, auch wenn die Ergebnisse auf die meisten anderen Arten von Preisanpassungsklauseln übertragbar sein dürften.

Daneben wurden die folgenden Annahmen zugrunde gelegt: Der geschlossene Architekten- und Ingenieurvertrag enthält keine zur Erstellung und Umsetzung von Preisgleitklauseln relevante Vereinbarungen, bspw. dahingehend, dass Leistungen des Auftragnehmers im Zusammenhang mit Preisgleitklauseln von der vereinbarten Vergütung abgegolten sind. Der beauftragte Leistungsumfang verweist auf die Grundleistungen nach den Anlagen zur HOAI (2013 oder 2021), für das Leistungsbild Objektplanung Gebäude daher bspw. auf Anlage 10.1 zur HOAI. Die nachfolgenden Ausführungen beziehen sich auf das letztgenannte Leistungsbild, dürften aber auf die anderen Leistungsbilder der Objekt- und Fachplanung übertragbar sein. Unterstellt wird schließlich, dass der Auftraggeber nach Vertragsschluss Leistungen des Planers im Zusammenhang mit Preisgleitklauseln bei der Ausschreibung und Abrechnung von Ausführungsverträgen nach den Formblättern 225 oder 225 a des VHB Bund unter Berücksichtigung der Erlasse der Bundesministerien vom 25.3.2022 sowie 22.6.2022 und deren Anlagen begehrt.

Doch zunächst soll ein Blick auf die Auswirkungen von Preisgleitklauseln auf die Kostenplanung der Architekten geworfen werden.

#### 1. Kostenermittlungen in den Leistungsphasen 1 – 6

Bis einschließlich der Leistungsphase 6 (Vorbereitung der Vergabe) sehen die DIN 276, Anlage 10.1 zur HOAI bzw. § 650 p II BGB die folgenden Kostenermittlungen mit der Pflicht zur Kostenkontrolle vor:

Leistungsphase 1:	Kostenrahmen/Kosteneinschätzung
Leistungsphase 2:	Kostenschätzung
Leistungsphase 3:	Kostenberechnung
Leistungsphase 6:	Vom Planer bepreiste Leistungsverzeichnisse

Aufgrund der Vorgabe des Auftraggebers zur Verwendung von Preisgleitklauseln ergibt sich bei den Kostenermittlungen kein Mehraufwand des Architekten. Denn insoweit stellt die DIN 276-1:2008-12 (die neuere Fassung DIN 276:2018-12 enthält eine ähnliche Regelung) in Nr. 3.3.10 klar:

\* Der Autor ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht bei Kapellmann und Partner in Mönchengladbach sowie Honorarprofessor an der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

- 1 Kues/Simesa NZBau 2022, 319; Lührmann/Egle/Thomas NZBau 2022, 251; Seidenberg NZBau 2022, 257; Reichert BauR 2022, 691.
- 2 Erlass des Bundesministeriums für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen v. 25.3.2022 – BWI7-70437/9#4, abrufbar unter [https://www.fib-bund.de/Inhalt/Vergabe/VHB/2022-03-25\\_BMWSB\\_BWI7\\_Stoffpreissteigerungen\\_Erlass.pdf](https://www.fib-bund.de/Inhalt/Vergabe/VHB/2022-03-25_BMWSB_BWI7_Stoffpreissteigerungen_Erlass.pdf) (zuletzt abgerufen am 16.9.2022) sowie der im Wesentlichen gleichlautende Erlass des Bundesministeriums für Digitales und Verkehr v. 25.3.2022 zu „Lieferengpässe und Preissteigerungen wichtiger Baumaterialien als Folge des Ukraine-Kriegs“, abrufbar unter [https://www.stmi.bayern.de/assets/stmi/kub/rundschreiben\\_bmdv\\_vom\\_25.03.2022.pdf](https://www.stmi.bayern.de/assets/stmi/kub/rundschreiben_bmdv_vom_25.03.2022.pdf) (zuletzt abgerufen am 16.9.2022).
- 3 Vergabe- und Vertragshandbuch für die Baumaßnahmen des Bundes (VHB Bund), Ausgabe 2017 – Stand 2019, abrufbar unter <https://www.fib-bund.de/Inhalt/Vergabe/VHB/> (zuletzt abgerufen am 16.9.2022).
- 4 Erlass des Bundesministeriums für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen (BMWSB) v. 22.6.2022 – BWI7-70437/9#4, abrufbar unter [https://www.fib-bund.de/Inhalt/Vergabe/VHB/2022-06-22\\_BMWSB\\_BWI7\\_Stoffpreissteigerungen\\_Verlaengerung\\_Erlass.pdf](https://www.fib-bund.de/Inhalt/Vergabe/VHB/2022-06-22_BMWSB_BWI7_Stoffpreissteigerungen_Verlaengerung_Erlass.pdf) (zuletzt abgerufen am 16.9.2022); dieser Erlass wurde vom BMDV wortgleich übernommen.

„Bei Kostenermittlungen ist vom Kostenstand zum Zeitpunkt der Ermittlung auszugehen; dieser Kostenstand ist durch die Angabe des Zeitpunktes zu dokumentieren. Sofern Kosten auf den Zeitpunkt der Fertigstellung prognostiziert werden, sind sie gesondert auszuweisen.“

Die DIN 276 gilt kraft Verweisung in § 2 X und XI HOAI für die Kostenschätzung und die Kostenberechnung unmit- telbar, ist aber als allgemein anerkannte Regel der Technik auf alle vorgenannten Kostenermittlungen anzuwenden.<sup>5</sup> Die Abgrenzung des Kostenstands von der Kostenprognose zeigt, dass zwischen dem Kostenstand zum Zeitpunkt der Ermittlung und einer Kostenprognose, die auf den Zeitpunkt der Fertigstellung abstellt, zu unterscheiden ist. Zunächst wird klargestellt, dass bei Kostenermittlungen, also auch bei Kostenschätzungen und Kostenberechnungen, vom Kosten- stand zum Zeitpunkt der Ermittlung auszugehen ist. Die Richtigkeit einer Kostenermittlung richtet sich daher nicht nach den voraussichtlichen Baukosten zur Herstellung des Baukörpers zur Zeit der Fertigstellung, sondern nach den zum Zeitpunkt der jeweiligen Kostenermittlung für eine dann fiktiv durchzuführende Vergabe der Bauleistungen real- istisch zu erwartenden Kosten.<sup>6</sup>

Ohne entsprechende Beauftragung schuldet der Planer regel- mäßig keine Kostenprognose. Eine solche Beauftragung (als Besondere Leistung) kann aber auch konkludent daraus ab- geleitet werden, dass der Bauherr den Planer nach dem er- forderlichen Budget fragt, so dass Letzterer bei der jeweiligen Kostenermittlung, abweichend von den vorstehenden Grundsätzen, auf den Zeitpunkt der Vergabe des jeweiligen Gewerks abzustellen hat. Da auch der Planer weder Markt- preisentwicklungen noch den Änderungsbedarf des Auftrag- gebers oder andere externe kostenbeeinflussende Umstände vorhersagen kann, liegt in jeder Kostenprognose naturgemäß eine breite Unsicherheitsspanne, auf die der Planer zumin- dest den unerfahrenen Auftraggeber hinweisen muss. Hat der Planer demgegenüber Anhaltspunkte dafür, dass der un- erfahrene Auftraggeber sein Budget auf der Grundlage der Kostenermittlung und nicht einer eigenen Kostenprognose bildet, ohne Reserven für Baupreissteigerungen oder sonstige nicht vorhersehbare Umstände zu berücksichtigen, hat der Planer auf die Zweckmäßigkeit entsprechender Budgetreser- ven hinzuweisen. Deren Bemessung ist jedoch ausschließlich Sache des Auftraggebers, der Planer kann hier allenfalls un- verbindliche Vorschläge unterbreiten.<sup>7</sup>

Kurzum: Selbst wenn der Auftraggeber im Zeitpunkt der Erstellung der jeweiligen Kostenermittlung bereits die Ver- wendung von Preisgleitklauseln vorgegeben hat, spielt dies für die Erstellung der Kostenermittlungen keine Rolle. Vom Grundleistungshonorar ist nur die Ermittlung des Kosten- stands im Zeitpunkt der Erstellung der Kostenermittlung abgegolten, eine Preisgleitklausel greift aber frühestens nach Vergabe der jeweiligen Ausführungsleistungen ab der Lei- stungsphase 8. Die Entwicklung der Baupreise mit derartigen Klauseln zu prognostizieren, ist jedoch nicht vom Grundlei- stungshonorar abgegolten und sollte als Besondere Leistung auch nur unter Ausschluss der Haftung vorgenommen wer- den, da die zukünftige Entwicklung von Baupreisindizes von Niemandem seriös vorhergesagt werden kann.

## 2. Vorbereitung der Vergabe – Leistungsphase 6

Üblicherweise erwarten Auftraggeber konkrete Leistungen der Architekten im Zusammenhang mit Preisgleitklauseln ab der Leistungsphase 6 – Vorbereitung der Vergabe. Zum Befüllen des Formblatts 225 heißt es in der dazugehörigen Richtlinie des VHB Bund, dass der Auftraggeber für die im „Verzeichnis für Stoffpreisgleitklausel“ aufgeführten Stoffe

mit der jeweiligen Ordnungsziffer (OZ) folgende Vorgaben festsetzt:

- a) Die betroffenen *Baustoffe* oder *Betriebsstoffe*.
- b) Deren wertmäßiger Anteil ist aus den Kostenanteilen der zu glei- tenden Stoffmengen der betroffenen *LV-Positionen* in der Lei- stungsbeschreibung und den marktüblichen Preisen vom Auftrag- geber zu ermitteln.
- c) Einen *Basiswert 1* zum Zeitpunkt der Versendung der Vergabe- unterlagen (Monat/Jahr) als Nettopreis der der Abrechnung zu- grunde liegenden Abrechnungseinheit (zB Euro/t, Euro/ltr.). Die- ser ist auf der Grundlage einer Lieferantenabfrage durch den Auf- traggeber zu bestimmen.
- d) Die *GP-Nr.* (des entsprechenden Index des Statistischen Bundes- amts).
- e) Für Betriebsstoffe: die *Abrechnungseinheit* (zB Verbrauch in ltr/ m<sup>3</sup>).
- f) Der *Abrechnungszeitpunkt*.

Nach dem jüngsten Erlass des BMWSB vom 22.6.2022<sup>8</sup> kann auf die Ermittlung des Basiswerts 1 verzichtet werden. Stattdessen sind die Stoffkostenanteile bei den Bietern ab- zufragen. Für diese Vorgehensweise wird ein überarbeitetes Formblatt 225 a nebst Richtlinie vorgegeben. Die Richtlinien des Vergabehandbuchs zu Formblättern 225 und 225 a ge- hen durchgängig davon aus, dass die vorstehenden Vorgaben von dem Auftraggeber bzw. der Vergabestelle aufzustellen sind. Eine Übertragung dieser Leistungen auf Planer ist da- mit zwar nicht ausgeschlossen, entspricht aber schon nicht der Lesart der Richtlinien. Fraglich ist, ob die Grundleistun- gen der Leistungsphase 6 „Vorbereitung der Vergabe“ aus der Anlage 10.1 Leistungen des Architekten im Zusammen- hang mit den vorstehenden Aufgaben umfassen.

a) *Abgrenzung Grundleistungen und Besondere Leistungen.* Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst die Systematik von Grundleistungen in Abgrenzung zu Besonderen Lei- stungen nach der HOAI zu betrachten. § 3 HOAI unterteilt die in den Leistungsbildern erfassten Leistungen in Grundlei- stungen und Besondere Leistungen. Grundleistungen umfas- sen dabei die Leistungen, die zur ordnungsgemäßen Erfül- lung eines Auftrags im Allgemeinen erforderlich sind (§ 3 II 1 HOAI 2013 bzw. § 3 I 2 HOAI 2021). Besondere Lei- stungen können zu den Grundleistungen hinzu- oder an deren Stelle treten, wenn besondere Anforderungen an die Ausfüh- rung des Auftrags gestellt werden, die über die allgemeinen Leistungen hinausgehen oder diese ändern (so in der „Ur- HOAI“ ausdrücklich, vgl. § 2 III HOAI 1976). Besondere Leistungen sind in der HOAI nicht abschließend aufgeführt (§ 3 III HOAI 2013 bzw. § 3 II HOAI 2021). Eine positive Definition der Besonderen Leistungen ist tatsächlich inzwi- schen entbehrlich geworden. Denn Besondere Leistungen sind alle die von den Parteien eines Planervertrags vereinbar- ten Leistungen, die nicht ausdrücklich als Grundleistung in den Anlagen zur HOAI aufgeführt sind.<sup>9</sup> Dies ergibt sich aus der abschließenden Aufzählung der Grundleistungen gem. § 3 II HOAI 2013 und der offenen, ausdrücklich nicht ab-

5 Korbion/Mantscheff/Vygen/Meurer/Rothermel, 9. Aufl. 2016, HOAI § 4 Rn. 8.

6 Fuchs/Berger/Seifert/Seifert/Fuchs, 3. Aufl. 2022, HOAI § 4 Rn. 38.

7 Fuchs/Berger/Seifert/Seifert/Fuchs, HOAI § 4 Rn. 39.

8 Erlass des Bundesministeriums für Wohnen, Stadtentwicklung und Bau- wesen (BMWSB) v. 22.6.2022 – BWI7-70437/9#4, abrufbar unter [https://www.fib-bund.de/Inhalt/Vergabe/VHB/2022-06-22\\_BMWSB\\_BWI7\\_Stoffpreissteigerungen\\_Verlaengerung\\_Erlass.pdf](https://www.fib-bund.de/Inhalt/Vergabe/VHB/2022-06-22_BMWSB_BWI7_Stoffpreissteigerungen_Verlaengerung_Erlass.pdf) (zuletzt abgerufen am 22.9.2022); dieser Erlass wurde vom BMDV wortgleich übernommen.

9 Korbion/Mantscheff/Vygen/Wirth/Galda, HOAI § 3 Rn. 15; Fuchs/Ber- ger/Seifert/Fuchs/Seifert, HOAI § 3 Rn. 39 mwN.

schließenden Aufzählung der Besonderen Leistungen gem. § 3 III 1 HOAI 2013. Auch § 3 III 2 HOAI 2013 spricht für diese Negativdefinition, da Besondere Leistungen auch leistungsbild- und leistungsphasenübergreifend vereinbart werden können, solange sie dort keine Grundleistungen darstellen. Grundleistungen eines Leistungsbildes können daher keine Besonderen Leistungen eines anderen Leistungsbildes werden.<sup>10</sup>

Demgegenüber gehören nur die in den Leistungsbildern der HOAI *ausdrücklich* bestimmten Tätigkeiten zu den Grundleistungen. Deren Aufzählung ist, im Gegensatz zu Besonderen Leistungen, abschließend.<sup>11</sup>

Dies ergab sich unter Geltung des verbindlichen Preisrahmens aus Mindest- und Höchstsatz aus § 7 I HOAI 2013 bzw. ihrer Vorgängerefassungen schon aus dem Umstand, dass es sich bei dieser Norm um ein gesetzliches Verbot iSd § 134 BGB handelt, dessen Anwendungsbereich tatbestandlich durch die Grundleistungen bestimmt wird.<sup>12</sup> Der Verordnungsgeber greift mit diesem Verbot in die Vertragsfreiheit und damit letztlich die Berufsausübungsfreiheit ein.<sup>13</sup>

Insoweit hat eine grundrechtsgeleitete Interpretation der Grundleistungen stattzufinden, sie sind im Zweifel restriktiv auszulegen oder teleologisch zu reduzieren, so dass der Grundrechtseingriff so schonend wie nach dem Normzweck möglich erfolgt.<sup>14</sup> Zwar ist das verbindliche Preisrahmenrecht mit der HOAI 2021 entfallen.<sup>15</sup> Gleichwohl sind die Grundleistungen bei Nichtbeachtung des Textformgebots für die Honorarvereinbarung nach § 7 I HOAI 2021 oder des Belehrungsgebots gegenüber Verbrauchern nach § 7 II HOAI 2021 als Auffangregelung weiterhin Teil einer Eingriffsregelung. Nicht im Grundleistungskatalog ausdrücklich beschriebene Tätigkeiten können daher keine Grundleistung sein. Grundleistungen und Besondere Leistungen sind also systematisch gegeneinander abzugrenzen. Grundleistungen bleiben immer und in allen Leistungsbildern Grundleistungen. Besondere Leistungen bleiben stets Besondere Leistungen. Grundleistungen können niemals Besondere Leistungen werden und umgekehrt.<sup>16</sup> Soweit also die Frage zu klären ist, ob eine bestimmte Tätigkeit zu den Grundleistungen gehört, muss untersucht werden, ob bzw. in welcher Grundleistung die betreffende Tätigkeit enthalten sein kann. Kann sie nirgends eingeordnet werden, kann es sich dabei auch um keine (verpreiste) Grundleistung handeln.

b) *Auswertung der Grundleistungen Leistungsphase 6.* Betrachtet man die Grundleistungen der Leistungsphase 6 gem. Anlage 10.1 zur HOAI, beschreibt keine ausdrücklich solche Leistungen, die den oben beschriebenen Leistungen a) bis f) (s. o. unter I 2) auch nur nahe kommen. In Betracht käme zunächst die Grundleistung b):

*„Aufstellen von Leistungsbeschreibungen mit Leistungsverzeichnissen nach Leistungsbereichen, Ermitteln und Zusammenstellen von Mengen auf der Grundlage der Ausführungsplanung unter Verwendung der Beiträge anderer an der Planung fachlich Beteiligter“*

Jedoch geht es bei keiner der hier relevanten Leistungen für das Befüllen des Formblatts 225 (a) um die Identifikation besonders preisvolatiler Baustoffe, um die Auswertung, welche Positionen eines Leistungsverzeichnisses entsprechende Baustoffe mit welchem Anteil beschreiben, oder die Ermittlung von Marktpreisen für diese Baustoffe mittels Lieferantenanfrage. Schon gar nicht ist ein Ausfüllen von Formularen in dieser Grundleistung erwähnt. Leistungen zur Vorbereitung des Befüllens des Formblatts 225 bzw. 225 a oder das Ausfüllen des Formblatts selbst werden daher durch die Grundleistung b) der Leistungsphase 6 nicht erfasst.<sup>17</sup> Dies gilt ebenso für die Grundleistungen d) (bepreiste Leistungsverzeichnisse) und e) (Kostenkontrolle), insoweit ist auf die

Ausführungen oben unter I 2 zu verweisen. Dies gilt aber auch für die Grundleistung f):

*„Zusammenstellen der Vergabeunterlagen für alle Leistungsbereiche“*

Während die Erstellung Zusätzlicher und Besonderer *Technischer* Vertragsbedingungen durchaus zum vom Grundleistungshonorar abgolgten Leistungsumfang des Architekten gehören kann, gilt dies nicht für die Erstellung rechtlicher Vertragsklauselwerke, seien es Allgemeine, Zusätzliche oder Besondere Vertragsbedingungen.<sup>18</sup> Dies gilt auch für das Ausfüllen entsprechender, vom Auftraggeber zur Verfügung gestellter Formulare oder Vordrucke, soweit es sich um vertragliche Regelungen handelt, wie bspw. die Formblätter 225 und 225 a des VHB Bund als Grundlage einer Preisgleitklausel. Dabei handelt es sich um eine Besondere Leistung.<sup>19</sup> Denn ein „Zusammenstellen“ ist gerade kein „Erstellen“. Dass der Architekt als Nebenleistung rechtsberatend tätig sein darf, bedeutet noch lange nicht, dass er dies auch tatsächlich schuldet, sobald diese Grundleistung Vertragsgegenstand wird. Das Abfassen rechtlicher Regelungen ist vielmehr Aufgabe des „Sonderfachmanns Recht“, also des In-house-Juristen des Auftraggebers oder dessen externen Rechtsanwalts. Sind die oben beschriebenen Leistungen a) bis f) daher von keiner Grundleistung der Leistungsphase 6 umfasst, handelt es sich hierbei um (ungeschriebene) Besondere Leistungen, die gesondert zu vergütet sind.

### 3. Mitwirkung bei Vergabe – Leistungsphase 7

Da die Bieter im Vergabeverfahren nach dem VHB Bund das Formblatt 225 vollständig ausgefüllt zur Verfügung gestellt bekommen, entsteht dem Architekten in der Leistungsphase 7 aufgrund der Verwendung dieser Preisgleitklausel im Regelfall kein Mehraufwand. Zwar werden die Bieter die Vorgaben des Formblatts bei der Kalkulation ihrer Einheitspreise und dabei insbesondere der Risikozuschläge für Preisschwankungen von Baustoffen berücksichtigen. Diese Zuschläge können vom Architekten im Zuge der Angebotsprüfung nicht bewertet werden, auch das Formblatt 213 „Aufgliederung der Einheitspreise“ sieht keine gesonderten Angaben für Risikozuschläge vor. Die Grundleistung b)

*„Einholen von Angeboten“*

ist nicht relevant, auch nicht für die Abfrage von Lieferantenpreisen zur Ermittlung des Basiswerts 1, die ohnehin in der Leistungsphase 6 erforderlich ist. Denn diese Grundleistung erfasst nur das Einholen von Angeboten für Ausführungsleistungen unter Verwendung der vom Architekten erstellten Leistungsbeschreibung als Grundlage für eine Auftragserteilung.<sup>20</sup> Keine Relevanz hat zudem die Grundleistung f):

*„Zusammenstellen der Vertragsunterlagen für alle Leistungsbereiche“*

Auch hier dürfte sich der Aufwand nicht wesentlich ändern, zumal nur ein „Zusammenstellen“ und kein „Erstellen“ (das

10 Messerschmidt/Voit/Schwenker/Wessel, 4. Aufl. 2022, HOAI § 3 Rn. 9.

11 Seifert BauR 2012, 1857 (1860).

12 Fuchs/Berger/Seifert/Berger, HOAI § 7 Rn. 100/101.

13 BVerfGK 6, 254 = NZBau 2006, 121 = NJW 2006, 495.

14 Allg. z. Mindestsatzgebot BVerfGK 6, 254 = NZBau 2006, 121 = NJW 2006, 495.

15 Fuchs/Berger/Seifert NZBau 2021, 3.

16 Locher/Koebler/Frik/Koebler, 15. Aufl. 2021, HOAI § 3 Rn. 17.

17 Fuchs/Berger/Seifert/Seifert/Fuchs, HOAI § 34 Rn. 225 a.

18 Scholtissek, 2. Aufl. 2014, HOAI § 34 Rn. 297; Keldungs, FS Werner, 2005, 81 (85); Fuchs/Berger/Seifert/Seifert/Fuchs, HOAI § 34 Rn. 239.

19 Fuchs/Berger/Seifert/Seifert/Fuchs, HOAI § 34 Rn. 239.

20 Fuchs/Berger/Seifert/Seifert/Fuchs, HOAI § 34 Rn. 249.

chronologisch auch zu spät käme, da es in der Leistungsphase 6 erforderlich ist) der Vertragsunterlagen beschrieben ist. Ein Mehraufwand bei der Angebotsprüfung kann sich allerdings dann ergeben, wenn der Auftraggeber die Verwendung des mit dem Erlass des BMWSB vom 22.6.2022<sup>21</sup> eingeführten Formblatts 225 a vorgibt. Danach kann auf einen Basiswert 1 und damit auch die Lieferantenanfrage in der Leistungsphase 6 verzichtet werden. Als Grundlage für die Preisfortschreibung wird stattdessen auf den im bezuschlagten Angebot im Formblatt 225 a vom Bieter angegebenen Stoffpreis zurückgegriffen. Im Rahmen der Angebotswertung ist dann auch zu prüfen, ob der der Preisgleitung unterworfenen vom Bieter angegebene Stoffpreis wirtschaftlich ist. Dazu ist ein Vergleich mit den Stoffpreisen aus anderen Angeboten durchzuführen. Weicht der Stoffpreis erheblich von dem anderer Bieter ab, ist der Bieter zur Angebotsaufklärung aufzufordern.

Diese Wirtschaftlichkeitsprüfung im Zuge der Angebotsprüfung stellt im Vergleich zur konventionellen Vergabe mit Festpreisen einen Mehraufwand dar, der nicht vom Grundleistungshonorar abgegolten ist. Zwar hat der Architekt nach der oben zitierten Grundleistung c) auch einen Preisspiegel zu erstellen. Dabei handelt es sich um eine vergleichende Übersicht der rechnerischen Ergebnisse der Angebote als Grundlage für die Wertungsentscheidung des Auftraggebers. Der Preisspiegel ist je nach Erfordernis nach Einzelpositionen oder Teilleistungen (bspw. Titelsummen) zu gliedern.<sup>22</sup> Je größer die Abweichungen der Angebote voneinander, umso detaillierter muss der Preisspiegel aufgegliedert werden, um dem Auftraggeber die Prüfung der Gründe der Abweichungen und das Führen von Aufklärungsgesprächen oder, soweit vergaberechtlich zulässig, Verhandlungen mit den Bietern zu ermöglichen.<sup>23</sup> Erforderlichenfalls müssen auch Einzelpositionen gegenübergestellt werden.<sup>24</sup> Nicht von der Grundleistung beschrieben ist aber das Gegenüberstellen von Teilen von Einzelpositionen, insbesondere von angegebenen, nicht wertungsrelevanten Stoffkosten der einzelnen Bieter. Einschlägig ist vielmehr die in Anlage 10.1 zur HOAI ausdrücklich vorgesehene Besondere Leistung

*„Aufstellen, Prüfen und Werten von Preisspiegeln nach besonderen Anforderungen“.*

Denn die bei Preisdifferenzen in der Angebotssumme oder in einzelnen Titeln im Allgemeinen erforderliche Gegenüberstellung von Einzelpositionen umfasst gerade nicht das Gegenüberstellen von Preisbestandteilen der Einzelpositionen.

#### 4. Objektüberwachung und Dokumentation – Leistungsphase 8

In der Leistungsphase 8 dürfte insbesondere im Rahmen der Rechnungsprüfung und den hierfür erforderlichen Vorleistungen ein erheblicher Mehraufwand durch die Vorgabe von Preisgleitklauseln durch den Auftraggeber entstehen. Allerdings weisen die Richtlinien des VHB Bund zum Formblatt 225 unter Nr. 6.7 auf die Nachweispflicht des Ausführenden hin:

*„Wenn Mehr- oder Minderaufwendungen abzurechnen sind, hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber über die Verwendung der Stoffe prüfbar Aufzeichnungen vorzulegen. Aus den Aufzeichnungen müssen die Menge des Stoffes und der Zeitpunkt des Einbaus, der Lieferung bzw. der Verwendung hervorgehen.“*

Der Mehraufwand des Architekten liegt daher nicht in der Ermittlung der Preisanpassung, sondern in deren Prüfung im Zuge der Rechnungsprüfung. Dieser Mehraufwand ist indes ebenfalls nicht vom Grundleistungshonorar abgegolten. Zwar kommt zunächst die Grundleistung g)

*„Rechnungsprüfung einschließlich Prüfen der Aufmaße der bauausführenden Unternehmen“*

in Betracht, die nicht nach den Preisermittlungsgrundlagen unterscheidet. So hat der Architekt danach auch Ansprüche auf Anpassung der Einheitspreise wegen Mehr- oder Mindermengen nach § 2 III VOB/B zu prüfen.<sup>25</sup> Demgegenüber ist die Prüfung von Preisanpassungen infolge einer zwischen Auftraggeber und Ausführenden vereinbarten Preisgleitklausel nicht vom Grundleistungshonorar abgegolten. Denn diese Leistung ist nicht im Allgemeinen erforderlich (§ 3 I 2 HOAI 2021 bzw. § 3 II 1 HOAI 2013) und von der insoweit eng auszulegenden Grundleistung nicht umfasst. Preisgleitklauseln wurden von öffentlichen Auftraggebern bis zu dem Erlass des BMWSB vom 25.3.2022 weder regelmäßig verwendet noch war dies im Allgemeinen erforderlich. Es handelt sich daher um eine (nicht im Leistungsbild benannte) Besondere Leistung.<sup>26</sup> Aus denselben Erwägungen heraus ist auch das Erfassen von Liefer- oder Einbauzeitpunkten von Baustoffen und der entsprechenden Mengen- oder Massenteile für die Prüfung der Preisanpassungsansprüche des Ausführenden von keiner Grundleistung umfasst. In Betracht kämen hier die Grundleistung f)

*„Gemeinsames Aufmaß mit den ausführenden Unternehmen“*

und die Grundleistung e)

*„Dokumentation des Bauablaufs (zum Beispiel Bautagebuch)“.*

Diese decken aber den Mehraufwand zur Prüfung der mengenbasierten Preisgleitung nicht ab, sondern nur die allgemein (also ohne vereinbarte Preisgleitung) erforderlichen Leistungen. Aus der Leistungsphase 7 könnte zudem der zweite Teil der Grundleistung c)

*„Prüfen und Werten der Angebote zusätzlicher und geänderter Leistungen der ausführenden Unternehmen und der Angemessenheit der Preise“*

angesprochen sein. Bei Preisanpassungsverlangen geht es jedoch nicht um „geänderte und zusätzliche“, also inhaltlich veränderte Leistungen, sondern um eine von einer Leistungsänderung unabhängige Preisanpassung. Vielmehr zeigt die Besondere Leistung der Leistungsphase 7

*„Mitwirken bei der Prüfung von bauwirtschaftlich begründeten Nachtragsangeboten“,*

dass die Prüfung von Vergütungsansprüchen außerhalb geänderter und zusätzlicher Leistungen ausdrücklich Besondere Leistung sein soll. Dass diese Besondere Leistung regelmäßig erst in der Leistungsphase 8 anfällt, ist nach § 3 II 3 HOAI 2021 unschädlich.

#### 5. Leistungsänderung und Honorarfolgen

Begehrt der Auftraggeber daher im Zuge der Leistungsphasen 6 – 8 das Erbringen der oben beschriebenen Besonderen Leistungen, liegt darin ein Änderungsbegehren nach § 650 b I BGB. Diese Vorschrift ist über den Verweis in § 650 q I BGB auch auf den Architekten- und Ingenieurvertrag an-

21 Erlass des Bundesministeriums für Wohnen, Stadtentwicklung und Bauwesen (BMWSB) v. 22.6.2022 – BWI7-70437/9#4, abrufbar unter [https://www.fib-bund.de/Inhalt/Vergabe/VHB/2022-06-22\\_BMWSB\\_BWI7\\_Stoffpreiserhöhungen\\_Verlaengerung\\_Erlass.pdf](https://www.fib-bund.de/Inhalt/Vergabe/VHB/2022-06-22_BMWSB_BWI7_Stoffpreiserhöhungen_Verlaengerung_Erlass.pdf) (zuletzt abgerufen am 16.9.2022); dieser Erlass wurde vom BMDV wortgleich übernommen.

22 Locher/Koebler/Frik/Koebler, HOAI § 34 Rn. 194 f.

23 Motzke/Preussner/Kehrberg Architektenhaftung/Schrammel/Stoye, 11. Aufl. 2019, J Rn. 110.

24 Fuchs/Berger/Seifert/Seifert/Fuchs, HOAI § 34 Rn. 277.

25 Fuchs/Berger/Seifert/Seifert/Fuchs, HOAI § 34 Rn. 319.

26 Fuchs/Berger/Seifert/Seifert/Fuchs, HOAI § 34 Rn. 319.

zuwenden. Im Zweifel dürfte es sich dabei um zur Erreichung der Planungs- und Überwachungsziele ausnahmsweise erforderliche Leistungen iSd § 650 b I 1 Nr. 2 BGB handeln, so dass sich der Architekt insoweit nicht darauf berufen kann, dass diese Leistung für ihn nicht zumutbar sei.<sup>27</sup> Der Architekt hat daher unverzüglich (§ 271 I BGB) ein Angebot über diese Leistungen vorzulegen. Kommt eine Einigung über die erforderlichen Besonderen Leistungen und die hierfür anfallende Mehrvergütung binnen 30 Tagen nach Zugang des Änderungsbegehrens beim Architekten nicht zustande, kann der Auftraggeber die geänderte Leistung für den Architekten verbindlich anordnen, § 650 b II BGB.

Die Honorarfolgen ergeben sich sodann aus § 650 q II BGB. § 650 q II 1 BGB ist nur einschlägig, soweit die HOAI Preise für die geänderten Leistungen regelt, was bei Besonderen Leistungen nicht der Fall ist. Für diesen Fall verweist § 650 q II 2 BGB auf die bauvertraglichen Regelungen in § 650 c BGB. Da regelmäßig keine Urkalkulation gem. § 650 c II BGB hinterlegt sein dürfte, kommt meist nur eine Vergütungsanpassung nach § 650 c I BGB in Betracht, also nach tatsächlich erforderlichen Kosten zuzüglich eines angemessenen Zuschlags für Allgemeine Geschäftskosten, Wagnis und Gewinn. Beim Architektenvertrag werden vorrangig Personalkosten anfallen, insbesondere für angestelltes Personal oder für den bzw. die Bürohhaber (Gesellschafter). Für das vom Architekten dauerhaft beschäftigte Personal sind die zeitanteiligen Lohn- bzw. Gehaltskosten einschließlich aller Lohnnebenkosten, die dem zeitlichen Mehr- und Minderaufwand für Personaleinsatz aufgrund einer Leistungsänderung entsprechen, anzusetzen.<sup>28</sup> Für den Einsatz der eigenen Arbeitskraft des Inhabers eines Architekturbüros gibt es zwar überhaupt keinen Mittelabfluss, der sich dem Personaleinsatz gegenüberstellen lässt. Dennoch wäre es nach Treu und Glauben verfehlt, dem Architekten in solchen Fällen nur deshalb einen Vergütungsanspruch nach § 650 c BGB zu ver-

sagen, weil er nicht Dritte mit der Tätigkeit betraut hat, sondern diese als Eigenleistung erbringt; bei solchen Eigenleistungen darf der Architekt daher Kosten in angemessener Höhe in Ansatz bringen.<sup>29</sup> Ein sachgerechter Anhaltspunkt könnten daher die Lohnkosten sein, die der Unternehmer für eine solche Arbeit einem in beruflich abhängiger Stellung Tätigen zahlen müsste.<sup>30</sup> Die Ermittlung angemessener Zuschläge für allgemeine Geschäftskosten sowie Wagnis und Gewinn mag beim Architekten- und Ingenieurvertrag schwierig sein, sie ist aber beim Bauvertrag nicht leichter. Im Ergebnis dürfte eine unternehmensbezogene Ermittlung – insbesondere auf Basis des tatsächlichen Verhältnisses von Allgemeinen Geschäftskosten und Umsätzen im vorangegangenen Geschäftsjahr – am ehesten einen sachgerechten Maßstab für die Angemessenheit des Zuschlags bilden.<sup>31</sup>

## II. Zusammenfassung

Die Grundleistungen der Anlage 10.1 zur HOAI und auch der übrigen Anlagen umfassen keine Leistungen der Architekten und Ingenieure im Zusammenhang mit der Aufstellung von Preisgleitklauseln oder der Prüfung danach angepasster Rechnungspositionen der Ausführenden. Vielmehr handelt es sich dabei um (größtenteils in der HOAI nicht ausdrücklich genannte) Besondere Leistungen, die vom Auftraggeber nach § 650 q I BGB; § 650 b BGB gefordert werden können, dann aber nach § 650 q II BGB, § 650 c BGB zusätzlich zu vergüten sind. ■

27 Fuchs/Berger/Seifert/Seifert/Fuchs, HOAI § 34 Rn. 225 a.

28 BeckOK BauvertrR/Fuchs, 18. Ed. 31.7.2022, BGB § 650 q Rn. 95.

29 BeckOGK/Mundt, Stand 1.7.2022, BGB § 650 c Rn. 48.

30 BeckOK BauvertrR/Fuchs, BGB § 650 q Rn. 96; ibrOK BauVertrR/v. Rintelen, Stand 15.11.2021, BGB § 650 c Rn. 42.

31 BeckOK BauvertrR/Althaus/Kattenbusch, BGB § 650 c Rn. 44; Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher Kompendium BauR/Kniffka, 5. Aufl. 2020, 4. Teil, Rn. 301.

Rechtsanwalt Andreas Schröder\*

## Der Aufwendungsersatzanspruch beim „hängengebliebenen“ Werkvertrag

Im Bauprozess kommt es nicht selten vor, dass es nicht zur Abnahme kommt und ebenfalls kein Abnahmesurrogat eintritt, mithin der Bauvertrag in der „Erfüllungsphase“ stecken bleibt. Dieser „hängengebliebene“ Werkvertrag stellt die Beteiligten – wie die Vielzahl der hierzu ergangenen Entscheidungen der Oberlandesgerichte zeigen – oft vor größere Schwierigkeiten. Die vom BGH verfolgte Zäsur durch die Abnahme oder deren Surrogat führt insoweit bei der Geltendmachung des Kostenvorschussanspruchs zu wesentlichen Unklarheiten im Bezug auf den in der Erfüllungsphase verbliebenen Werkvertrag. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die anzuwendenden Verjährungsvorschriften, die Hemmungswirkung und die Ausgestaltung der Fristsetzung zur Nacherfüllung.

### I. Begriffsbestimmung

Für die Annahme eines hängengebliebenen Werkvertrags ist der Verbleib des Bauvertrags in der Erfüllungsphase notwendig. Bei mangelhafter Werkleistung wird regelmäßig keine Abnahme vorgenommen werden, so dass der Übergang von der Erfüllungsphase in die Gewährleistungsphase nur im Ausnahmefall möglich ist.

### 1. Notwendigkeit der Abnahme nach BGB-Bauvertragsrecht

Damit der Werkvertrag in der „Erfüllungsphase“ verbleibt, darf es zu keiner Abnahme gekommen sein und keine Abnahmesurrogat vorliegen. Der BGH<sup>1</sup> hat klar dargelegt, dass der Besteller die Mängelrechte grundsätzlich erst nach Abnahme des Werks geltend machen kann. Insoweit bildet die Abnahme die Zäsur zwischen Erfüllungs- und Gewährleistungsphase. Eine wirksame Abnahme gem. § 640 BGB wird jedoch in dieser Konstellation regelmäßig nicht vorgenommen. Aus Sicht des Bestellers entspricht es unter Berücksichtigung der Fälligkeit des Werklohns seinem Interesse, dass zunächst der Mangel beseitigt und nach der Nachbesserung das Werk abgenommen wird. Eine ausdrückliche Abnahme wird daher in der Praxis nicht erfolgen. Eine konkludente Annahme unter Auslegung sämtlicher Umstände unter Berücksichtigung der Verkehrssitte gem. §§ 133, 157 BGB wird grundsätzlich auch nicht angenommen werden können. Dies setzt voraus, dass nach den Umständen des

\* Der Autor ist Rechtsanwalt in Regen.

1 BGHZ 213, 349 = NZBau 2017, 216 = NJW 2017, 1604.