

# Einleitung

Mit dem 17.7.2013 ist die 7. HOAI-Novelle 2013 in Kraft getreten. Diese schließt damit an die 6. Novelle 2009 vom 12.6.2009 an, die vom 18.8.2009 bis zu diesem Tag galt. **1**

Während mit der HOAI 2009 bereits grundlegende Änderungen erfolgten, setzt die HOAI 2013 weitere Änderungsforderungen des Bundesrates an eine Honorarordnung für Architekten und Ingenieure um. Hinsichtlich der Regelungen zum Bauen im Bestand wird annähernd die Rechtslage zur HOAI 1996 wieder hergestellt.

Der Verordnungsgeber hat wesentliche Änderungen in den Teilen 1, 3 und 4 der HOAI vorgenommen. Die in Teil 2 zusammengefasste Flächenplanung wird nicht kommentiert. Aufgrund des sehr engen Marktes gibt es in diesem Segment praktisch kaum Streitigkeiten. Im Text genannte Paragraphen (§) ohne nähere Kennzeichnung sind solche der HOAI 2013. Paragraphen der Altfassung erhalten den Zusatz HOAI 1996, wobei die Verfasser die Änderungen 2002 ebenfalls davon erfasst sehen.

## I. HOAI 2009

Die erste Fassung der HOAI stammt aus dem Jahre 1977. Sie löste die Gebührenordnung für Architekten (GOA) ab. Bis zum heutigen Tage wurde die HOAI sieben Mal novelliert, zuletzt zum 17.7.2013. Die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für die HOAI ist das „Gesetz zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen“<sup>1</sup>. Dieses wiederum findet seine Grundlage im „Gesetz zur Verbesserung des Mietrechts und zur Begrenzung des Mietanstiegs sowie zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen“<sup>2</sup> (MRVG). Die aktuelle HOAI beruht immer noch auf dieser Ermächtigungsgrundlage. **2**

Der Bundesrat hatte zu einer Novelle der HOAI bereits 1996 aufgefordert. Es sollten Anreize für Baukostensenkungen geschaffen werden. In diesem Sinne wurde zunächst § 5 Abs. 4a HOAI 1996 durch die 5. Änderungsverordnung mit Wirkung zum 1.1.1996 eingefügt. Das war für den Bundesrat nicht ausreichend und seine Zustimmung zur Novellierung der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) im Jahr 1996 war daher mit Prüfaufträgen an die Bundesregierung verbunden. Mit Beschluss vom 6.6.1997 in Verbindung mit der Entschließung vom 14.7.1995 appellierte der Bundesrat an die Bundesregierung, die HOAI zu vereinfachen, transparenter zu gestalten, die Leistungsbilder zu modernisieren und weitere Anreize für kostensparendes Bauen aufzunehmen.<sup>3</sup>

Von dieser Vorgabe war die sechste Novelle zur HOAI 2009 geprägt. Der Verordnungsgeber hat durch ein Forschungsgutachten (Statusbericht 2000plus Architekten/Ingenieure der Technischen Universität Berlin im Auftrag des BMWi) die Situation des Berufsstandes und die Bedingungen für die HOAI untersuchen zu lassen. Als wesentliche Veränderung wurde eine Entkoppelung der Honorare für die LPh 5–9 von den tatsächlichen Baukosten vorgenommen. Ferner sollen sich die preisrechtlichen Regelungen allein auf geistig-schöpferische Planungsleistungen der Architekten und Ingenieure beschränken. Mit der 6. Novelle wurden daher Objektbilder gestrichen, die nach Auffassung des Verordnungsgebers rein beratende Tätigkeiten ohne geistig-schöpferischen Kern. **3**

1 BGBl. I 1971, S. 1749 (MRVG).

2 BGBl. I 1971, S. 1745 (MRVG).

3 BR-Drucks. 395/09 vom 30.4.2009, S. 142.

bereich beschreiben sollen. Damit werden zahlreiche Leistungen von Architekten und Ingenieuren nicht mehr dem Preisrecht der HOAI unterworfen. Zu den vom Verordnungsgeber als Beratung eingeordneten Leistungen gehören die Umweltverträglichkeitsstudie, thermische Bauphysik, Schallschutz und Raumakustik, Bodenmechanik, Erd- und Grundbau sowie Vermessungstechnik. Diese Leistungen sind noch im Anhang zur HOAI geregelt, die Honorare sind jedoch frei zu vereinbaren. Die Gutachten, §§ 33, 34 HOAI 1996, sind dagegen komplett entfallen.

Die Zustimmung zur HOAI 2009 ist seitens des Bundesrates unter der Vorgabe erfolgt, binnen zwei Jahren eine weitere Überarbeitung der HOAI zu prüfen.<sup>4</sup> Der Bundesrat forderte eine weitere Modernisierung und redaktionelle Überarbeitung, insbesondere eine Modernisierung und Vereinheitlichung der Leistungsbilder, eine Wiederaufnahme der in den Teilen X bis XIII der HOAI in der Fassung vom 1. Januar 1996 geregelten Objektbilder sowie der Preisvorgaben in den verbindlichen Teil, eine Überprüfung der Honorarstruktur und eine weitere Verschlinkung unter dem Blickwinkel des Wandels der Berufsbilder, der Umweltbelange und der Regeln der Technik.

## II. Europarechtliche Vorgaben zur HOAI

- 4 Die HOAI sollte nach dem Willen des Verordnungsgebers „europafest“ werden. Zu den in diesem Zusammenhang zu beachtenden Vorschriften gehört die Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt (DI-RI).<sup>5</sup> Die Dienstleistungsrichtlinie soll Art. 49 des EG-Vertrags ergänzen. Sie war nach Art. 44 Abs. 1 bis spätestens zum 28.12.2009 in nationales Recht umzusetzen. Eine durchgreifende Änderung der HOAI findet sich daher in der Bestimmung ihres Anwendungsbereichs. Als sogenannte „Inländer-HOAI“ soll die HOAI nur noch für in Deutschland niedergelassene, nicht jedoch für alle anderen auf dem deutschen Markt tätigen Architekten und Ingenieure gelten. Gerade im Hinblick auf die europäische Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit begegnen die Mindest- und Höchstpreisregelungen der HOAI vielfach Bedenken. Diese Regelungen finden jedoch nach Auffassung des Verordnungsgebers ihre Rechtfertigung in den auch vom EuGH anerkannten Zielen des Verbraucherschutzes.<sup>6</sup>

## III. 7. Novelle zur HOAI (2013)

### 1. Vorgaben des Bundesrates

- 5 Mit der am 17.7.2013 veröffentlichten 7. Novelle ist der Verordnungsgeber dem Verlangen nach Modernisierung und Vereinheitlichung der Leistungsbilder nachgekommen. Die sog. Beratungsleistungen verbleiben im nicht verbindlichen Teil der HOAI. In einer anstehenden 8. Novelle wird u. a. zu diskutieren sein, ob die mit der 6. Novelle gestrichenen sog. Beratungsleistungen wieder zurück in den verbindlichen Teil der HOAI geführt werden. Nachdem diesem Begehren mit der 7. Novelle nicht stattgegeben wurde, ist diese abermals unter dem Vorbehalt gestellt worden, binnen zwei Jahren die Rückführung der Beratungsleistungen in den preisgebundenen Teil der HOAI zu prüfen.<sup>7</sup>

4 BR-Drucks. 395/09.

5 Richtlinie 2006/123/EG des europäischen Parlamentes und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt vom 12.12.2006, in Kraft getreten am 28.12.2006, ABl.EU Nr. L 376/36 vom 27.12.2006, S. 6.

6 Siehe BR-Drs. 395/09 S. 143; siehe auch in dieser Kommentierung § 1 Rn. 5, 13 f.

7 BR-Drucks. 334/13, Beschluss vom 7.6.2013, unter Punkt B Nr. 6, S. 2.

## 2. Änderungen der 7. HOAI-Novelle

Für die Aktualisierung der Leistungsbilder hatten das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie in Zusammenarbeit mit dem Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung Forschungsaufträge vergeben. Dabei hat zunächst das Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung fünf Expertengruppen zusammengerufen, die in ihrem Abschlussbericht eine Überarbeitung der Leistungsbilder begründeten.<sup>8</sup> Auf dieser Grundlage wurde durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie ein weiteres Forschungsprojekt zur Aktualisierung der Honorarstruktur vergeben. Diese führten zu einer Aktualisierung der Tafelwerte und ihrer Anhebung. Der Abschlussbericht hierzu ist unter [www.bmwi.bund.de](http://www.bmwi.bund.de) nachzulesen.

Die Neufassungen beruhen im Wesentlichen darauf, dass die ursprünglichen Leistungsbilder und Planungsabläufe den Planungsprozessen und Unternehmensstrukturen in den 80er Jahren entsprungen sind. Dadurch, dass Architekten und Ingenieure inzwischen zahlreiche Hilfsmittel, gerade im Bereich der elektronischen Datenverarbeitung, in ihre Arbeitsabläufe integriert haben, insbesondere CAD, war eine Neubewertung der Planungsleistungen angezeigt. Ferner haben sich die Anforderungen an die eigentlichen Planungsaufgaben bereits in der Praxis gewandelt. Termin- und Kostentreue stehen inzwischen immer mehr im Vordergrund. Leistungen aus Leistungsphasen werden in der Praxis in frühere Leistungsphasen vorgezogen. Dies führte zu einer Überarbeitung der Leistungsbilder und teilweise auch zur Verortung ehemals als Besondere eingeordnete Leistungen nunmehr als Grundleistungen.

Ein weiterer zentraler Punkt der neuen HOAI ist die Betonung der werkvertraglichen Abnahmeregungen.<sup>9</sup>

## IV. Der Architekten- und Ingenieurvertrag

### 1. Preisrecht

Mit der HOAI wurde ein sogenanntes Preisrecht geschaffen. Die Parteien sind hierdurch in ihrer vertraglichen Freiheit, für bestimmte Architekten- und Ingenieurleistungen frei Honorare zu vereinbaren, beschnitten. Eingriffe in die Vertragsfreiheit kann die HOAI daher nur in ihren klar definierten Grenzen rechtfertigen. Der Verordnungsgeber hat mit § 7 Mindest- und Höchst Honorare verordnet und in § 6 die Parameter für die Ermittlung derselben bestimmt. Die Einhaltung der Mindest- und Höchstsätze ist zwingend. Davon abweichende Regelungen sind grundsätzlich wegen eines Verstoßes gegen diese gesetzliche Vorgabe unwirksam (§ 134 BGB). Betroffen von der Unwirksamkeit ist allerdings allein die Vergütungsabrede. Der Vertrag als solcher bleibt bestehen, mit der Folge, dass die unwirksame Honorarvereinbarung durch die Regeln des zwingenden Preisrechts, mithin durch die Mindestsätze ersetzt wird.<sup>10</sup> Die HOAI regelt nur die Vergütungsfolgen eines Vertrags. Vertragsrecht lässt sich der HOAI nicht entnehmen. Solches wäre auch von der Ermächtigungsgrundlage nicht gedeckt.<sup>11</sup> Die HOAI setzt mit dem Mindest- und Höchstsatz auch lediglich die Grenzen für eine Honorarvereinbarung, die in diesen Grenzen der Vertragsfreiheit unterliegt, solange sie schriftlich getroffen wurde.<sup>12</sup>

### 2. Vertragsabschluss

Ihre Vergütung erhalten die Architekten und Ingenieure für die Erbringung ihrer beauftragten vertraglichen Leistungen. Welche Leistungen sie zu erbringen haben,

<sup>8</sup> [www.bmvbs.de](http://www.bmvbs.de).

<sup>9</sup> BR-Drucks. 334/13 S. 145.

<sup>10</sup> BGH, Urteil vom 11.10.2007 – VII ZR 25/06, IBR 2007, 685.

<sup>11</sup> BGH, Urteil vom 9.1.1997 – VII ZR 48/96, IBR 1997, 245, NJW 1997, 1694, 1695.

<sup>12</sup> BGH, Urteil vom 17.4.2009 – VII ZR 164/07, IBR 2009, 334.

ergibt sich aus dem Vertrag. Ein solcher Vertrag kommt zustande durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen des Planers und des Auftraggebers, vom Gesetz Besteller genannt, §§ 145, 146 BGB. Die Parteien müssen sich dabei über die wesentlichen Bestandteile des Vertrags einigen, mithin zumindest über Art und Umfang der zu erbringenden Planerleistung. Eine Einigung über die Höhe des Honorars ist aufgrund der Festlegungen in der HOAI nicht notwendig. Die darin vorgesehene Vergütung zu den Mindestsätzen ist stets zu zahlen, solange keine nach der HOAI zugelassene Honorarvereinbarung getroffen wurde.

Sowohl der Vertragsschluss als auch die (nicht notwendige) Vereinbarung einer Vergütung zum Mindestsatz muss entgegen den Vorgaben des § 7 Abs. 1 nicht schriftlich erfolgen. Ein mündlicher oder durch schlüssiges Verhalten geschlossener Vertrag ist genauso wirksam wie ein schriftlich abgeschlossener. Der Planer, der ein Honorar beansprucht, muss den Abschluss und Umfang der beauftragten Leistung darlegen und beweisen.<sup>13</sup> Die bloße Entgegennahme von Leistungen durch den Auftraggeber begründet noch keine Vermutung für einen Vertragsschluss.<sup>14</sup> In der Praxis stellt der Nachweis der Vereinbarung der entgeltlichen Leistungserbringung den Planer oft vor erhebliche Probleme. Daher haben sich Fallgruppen herausgebildet, die zugunsten des Planers für die konkludent vereinbarte, entgeltliche Leistungserbringung herangezogen werden können.

- 9 Die Vermutung des § 632 Abs. 2 BGB („gilt die übliche Vergütung als vereinbart“) bezieht sich nur auf die Vergütungspflicht und die Vergütungshöhe, nicht aber auf die Beauftragung selbst. Ein häufiges Praxisproblem stellt die Abgrenzung zwischen der Akquisephase (kostenlose Leistungen ohne vertragliche Grundlage) und der Zeit nach dem Vertragsschluss, dar. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH können Tätigkeiten eines Planers auch vergütungsfreie Akquisitionsleistungen sein, wenn der Auftraggeber nicht zum Ausdruck bringt, sich bereits vertraglich binden zu wollen.<sup>15</sup> Die weithin vertretene These, ein Planer leiste im Regelfall entgeltlich, ist durch den BGH nicht bestätigt worden.<sup>16</sup> Die Dauer der Akquisephase wird unterschiedlich gewichtet, sie wird teils bis LPh 2, teils bis LPh 4 angenommen.<sup>17</sup> Ob und wann eine Akquisephase beendet ist, kann häufig nur anhand von Indizien bestimmt werden. Teilweise haben die Gerichte nicht einmal bei dem Einreichen einer vom Auftraggeber gegengezeichneten Baugenehmigungsplanung bzw. Bauvoranfrage zwingend auf eine entgeltliche Auftragserteilung geschlossen.<sup>18</sup> Andererseits wurde der Wille zum Abschluss eines Vertrags bei Unterschrift des Auftraggebers auf den Architektenplänen angenommen.<sup>19</sup> Ferner wurde ein solcher Wille bei der Entgegennahme von Ausführungsplänen bejaht.<sup>20</sup> Für einen konkludenten Vertragsschluss spre-

13 BGH, Urteil vom 17.4.2009 – VII ZR 164/07, IBR 2009, 334; OLG Celle, Urteil vom 17.2.2010 – 14 U 138/09, BauR 2010, 926.

14 Locher/Koebler/Frik, 12. Aufl., Einl. Rn. 47; OLG Hamm, Urteil vom 23.4.2010 – I 19 U 12/08, BauR 2010, 1782.

15 OLG Nürnberg, Urteil vom 22.9.2011 – 13 U 613/11, IBR 2013, 156, Nichtzulassungsbeschwerde vom BGH zurückgewiesen.

16 Für konkludenten Vertragsschluss über entgeltliche Leistungen: BGH Urteil vom 11.10.2007 – VII ZR 143/06, IBR 2008, 191; gegen Entgeltlichkeit als Regel: BGH, Urteil vom 5.6.1997 – VII ZR 124/96, IBR 1997, 462, BauR 1997, 1060.

17 BGH, Urteil vom 5.6.1997 – VII ZR 124/96, IBR 1997, 462, BauR 1997, 1060; Begrenzung auf LPh 2: OLG Dresden, Urteil vom 16.2.2011 – U 261/10, IBR 2013, 86, bis LPh 4: OLG Celle, Urteil vom 17.2.2011 – 14 U 138/09, IBR 2010, 214.

18 BGH, Urteil vom 5.6.1997 – VII ZR 124/96, IBR 1997, 462, BauR 1997, 1060.

19 OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.6.2011 – 21 U 129/10, IBR 2011, 529 (Einreichung Genehmigungsplanung); verneinend BGH, Urteil vom 5.6.1997 – VII ZR 124/96, IBR 1997, 462, BauR 1997, 1060.

20 BGH, Urteil vom 6.5.1985 – VII ZR 320/84, BauR 1985, 582; verneinend OLG Celle, Beschluss vom 7.3.2011 – 14 U 7/11, IBR 2011, 341, BauR 2011, 1190; bejahend, jedenfalls bei Verwendung der Planung wohl anzunehmen: OLG Hamm, Urteil vom 23.4.2010 – I 19 U 12/08, BauR 2010, 1782.

chen z. B. das Anfordern und die Verwertung von Leistungen, die üblicherweise nicht unentgeltlich erbracht werden, die Unterschrift des Auftraggebers auf einem Bauantrag, Änderungswünsche oder die Erteilung einer Vollmacht mit dem Auftrag, sie zu benutzen.<sup>21</sup> Die Zahlung eines Entgelts für die LPh 1 begründet die Vermutung, dass die Akquisephase beendet war und spätere Leistungsphasen ebenfalls entgeltlich beauftragt wurden.<sup>22</sup> Es muss nach einer Betrachtung anhand des objektiven Empfängerhorizontes ein Rechtsbindungswille beider Parteien vorliegen. Dieser muss sich vorrangig aus dem Verhalten des Auftraggebers ergeben. Er ist anzunehmen, wenn der Auftraggeber dem Planer auf seine Leistung hin Abschlagszahlungen leistet.<sup>23</sup>

Ist vereinbart, dass eine schriftliche Vertragsurkunde mit konstitutiver Wirkung aufgesetzt werden soll (Beurkundungsabrede), kommt der Vertrag erst mit der Urkundenerrichtung zustande, § 154 Abs. 2 BGB. Bis zur Errichtung der Urkunde erfolgen die Erklärungen der Vertragsparteien regelmäßig noch ohne Rechtsbindungswillen.<sup>24</sup> Konstitutive Beurkundungsabreden sind bei Aufträgen der öffentlichen Hand die Regel, da nach den Verwaltungsvorschriften der Vertrag schriftlich zu schließen ist.<sup>25</sup> Daran ändert auch die Abforderung bestimmter Planungsleistungen vor Unterschrift des Vertrags nichts. Ein erfahrener Planer hat dies zu wissen.<sup>26</sup> Die Beurkundungsabrede kann jedoch auch mündlich bzw. durch schlüssiges Verhalten aufgehoben werden. Auf eine schriftliche Beurkundung kommt es dann nicht mehr an. Weiterhin gilt § 154 Abs. 2 BGB schon dem Grunde nach nicht, wenn die Beurkundung nicht konstitutiv wirken, sondern lediglich Beweis Zwecken dienen sollte.<sup>27</sup> Im Rahmen der Beurkundungsabreden kann es daher mitunter zu schwierigen Beweisproblemen kommen.

Die landesrechtlichen Schriftformvorschriften der Gemeindeordnung sollen nach der Rechtsprechung keine Formvorschriften im Sinne des § 125 BGB sein.<sup>28</sup> Das zuständige Handlungsorgan des Auftraggebers kann den schwebend unwirksamen Vertrag nach § 177 BGB genehmigen oder nicht.<sup>29</sup> Es ist der Gemeinde nicht nach Treu und Glauben verwehrt, sich auf den Formverstoß zu berufen.<sup>30</sup> Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung nach § 812 BGB wegen Erhalt der (nicht vertraglich geschuldeten) Planung hat der Architekt nur, wenn die Gemeinde die Planung entgegennimmt und verwertet.<sup>31</sup> Die Vergütung auf der Grundlage eines Schadensersatzanspruches erfolgreich geltend zu machen ist nur in Ausnahmefällen denkbar. So, wenn der Planer nicht darüber aufgeklärt wurde, dass der Vertrag der Genehmigung der Kommunaufsicht bedarf,<sup>32</sup> oder wenn der unzutreffende Eindruck erweckt wurde, der Handelnde (Werksleiter der Stadtwerke) könne den Vertrag alleine schließen.<sup>33</sup>

10

21 OLG Köln, Urteil vom 25.1.2006 – 11 U 57/03, IBR 2007, 141; OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.10.2005 – 22 U 70/05, IBR 2006, 504; OLG Frankfurt, Urteil vom 20.9.2005 – 22 U 210/02, IBR 2006, 453; zur Abgrenzung zum nicht regelmäßig vergütungspflichtigen Werkvertrag (hier: Erarbeitung von Vorschlägen für eine Strategie zur Produkterklärung) BGH, Urteil vom 8.6.2004 – X ZR 211/02, IBR 2004, 480 m. w. N.; weitere Einzelfälle bei Locher/Koebler/Frik, 12. Aufl., Einl. Rn. 48.

22 OLG Köln, Urteil vom 25.1.2006 – 11 U 57/03, IBR 2007, 141.

23 OLG Hamm, Urteil vom 21.6.2001 – 24 U 100/00, IBR 2003, 138; BGH, Beschluss vom 9.1.2003 – VII ZR 288/01 (Revision nicht angenommen).

24 OLG Dresden, Urteil vom 18.9.2002 – 11 U 1132/02, IBR 2003, 423.

25 OLG Hamm, Urteil vom 30.8.1994 – 24 U 19/94, IBR 1995, 21.

26 OLG Dresden, Urteil vom 2.12.1999 – 9 U 585/99, IBR 2001, 317, BauR 2001, 1769.

27 Palandt/Grüneberg, BGB, 73. Aufl., § 154 Rn. 5.

28 Auch bei Zustimmungspflicht der Aufsichtsbehörde: BGH, Urteil vom 4.12.2003 – III ZR 30/02, BGHZ 157, 168.

29 OLG Hamm, Urteil vom 30.8.1994 – 24 U 19/94, BauR 1995, 129; siehe auch § 7 Rn. 6.

30 OLG Brandenburg, Urteil vom 4.3.2004 – 12 U 130/03, IBR 2005, 330.

31 OLG Celle, Beschluss vom 27.3.2006 – 14 U 237/05, IBR 2006, 338.

32 BGH, Urteil vom 10.6.1999 – IX ZR 409/97, NJW 1999, 3335.

33 BGH, Urteil vom 22.9.2005 – VII ZR 34/04, BauR 2005, 1918.

Ein gegenüber einem Abwesenden (z. B. schriftlich) gemachtes Vertragsangebot kann gemäß § 147 BGB nur in angemessener Frist angenommen werden. Wird es nach Ablauf der Frist angenommen, stellt die Annahme ein neues Angebot dar, welches zur Wahrung der Schriftform wiederum schriftlich angenommen werden muss. Soweit die Schriftform nicht einzuhalten ist, genügt eine mündliche oder eine konkludente Annahme, so etwa durch Beginn der Arbeiten. Wie lange die Frist zur Annahme ist, bestimmt sich nach den Gegebenheiten des Einzelfalles (Übermittlung, Prüfung, Überlegung, ggf. Entscheidungsfindung im Gremium, Unterzeichnung, Rückübermittlung). Unangemessene Annahmefristen können als AGB unwirksam sein (§ 308 Nr. 1 BGB).<sup>34</sup>

- 11 Erst wenn der Architekt den Vertragsschluss belegt hat, spricht eine Vermutung für die Entgeltlichkeit seiner Leistung. Solange Leistungen vereinbart werden, die im Regelungsbereich der HOAI liegen, bedarf es dieser Vermutung jedoch nicht mehr, weil sich der Vergütungsanspruch dann direkt aus der HOAI ergibt. Behauptet dann der Auftraggeber, die Leistung sei kostenlos zu erbringen, so trifft ihn hierfür die Beweislast.<sup>35</sup> Im Geltungsbereich der HOAI kann Kostenlosigkeit jedoch nicht vereinbart werden. Ob der Auftraggeber erkennen konnte, dass die Leistung bereits die aus einem Vertragsschluss resultierende Vergütungspflicht auslösen sollte, ist im Einzelfall zu ermitteln. Die Möglichkeit zu dieser Einsicht wird man allerdings verlangen müssen, will man einen Rechtsbindungswillen unterstellen. Daher sind Planungsleistungen auch bei ihrer Entgegennahme dann als Indiz für einen Vertragsschluss eher ungeeignet, wenn sie auf Eigeninitiative des Planers erstellt wurden.<sup>36</sup>

- 12 Für den Vertragsschluss mit **Verbrauchern** gelten besondere Regeln. Durch die Umsetzung der EU-Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU (VRRL), sind seit dem 13.6.2013 nun nicht mehr nur für Fernabsatzverträge, sondern allgemein bei Verbraucherverträgen Informationspflichten der Unternehmer zu beachten. Zu den Unternehmern zählen gemäß § 14 BGB auch selbstständige Planer jeglicher Ausrichtung. Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können (§ 13 BGB). Wegen der damit verbundenen besonderen Anforderungen an den Vertragsschluss hat zukünftig jeder Planer zu prüfen, ob es sich bei seinem potentiellen Vertragspartner um einen Verbraucher handelt. Keine Verbraucher sind insbesondere Unternehmen oder öffentliche Auftraggeber.

Aus der Verbraucherstellung resultieren verschiedene Pflichten des kontrahierenden Planers.

Zunächst besteht eine **Informationspflicht**. Bei der Frage des Umfangs der Informationspflicht ist zwischen allgemeinen Verbraucherverträgen – wozu jeder mit einem Verbraucher geschlossene Vertrag gehört – und außerhalb von Geschäftsräumen des Planers geschlossenen Verbraucherverträgen (AGV) zu unterscheiden. Ein AGV ist im Grunde ein allgemeiner Verbrauchervertrag nur mit der Besonderheit, dass dieser außerhalb der Geschäftsräume des Planers (z. B. auf der Baustelle) geschlossen wurde und an diesen daher besondere Ansprüche zu stellen sind.

Als „außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossener Vertrag“ (AGV) gilt gemäß Art. 2 Nr. 8 der EU-Richtlinie – wortgleich übernommen in § 312b BGB – jeder Vertrag zwischen dem Unternehmer und dem Verbraucher,

34 OLG Dresden, Urteil vom 26.6.2003 – 19 U 512/03, BauR 2005, 559.

35 OLG Düsseldorf, Urteil vom 5.6.1992 – 22 U 251/91, BauR 1993, 108.

36 BGH, Urteil vom 24.6.1999 – VII ZR 196/98, BauR 1999, 1319; OLG Oldenburg, Urteil vom 17.12.1986 – 3 U 201/86, BauR, 1988, 620; OLG Koblenz, Beschluss vom 29.9.2011 – 5 U 224/11, IBR 2011, 643.

- der bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit des Planers und des Verbrauchers an einem Ort geschlossen wird, der kein Geschäftsraum des Planers ist;
- für den der Verbraucher ein Angebot gemacht hat;
- der in den Geschäftsräumen des Planers oder durch Fernkommunikationsmittel geschlossen wird, unmittelbar nachdem der Verbraucher an einem anderen Ort als den Geschäftsräumen des Planers bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit des Unternehmers und des Verbrauchers persönlich und individuell angesprochen wurde.

Bei beiden Verbraucherverträgen – allgemeine wie auch AGV – besteht eine vorvertragliche Informationspflicht. Allerdings werden die im Rahmen dieser Informationspflicht gemachten Angaben nur bei AGV zum Vertragsinhalt, es sei denn, die Parteien vereinbaren ausdrücklich etwas anderes, § 312d Abs. 1 Satz 2 BGB. Sollen später AGB verwendet werden, so dürfen sich diese und die übermittelten Informationen nicht widersprechen.

Zu informieren ist insbesondere über:

- die Identität des Planers, also den Namen oder die Firmierung mit vollständigen Kontaktdaten (inkl. Telefonnummer und bei AGV ggf. Faxnummer und E-Mail-Adresse)
- bei Gesellschaften: Angabe der Rechtsform;
- bei Niederlassungen: ggf. von dem Firmenhauptsitz abweichende Anschrift
- die wesentlichen Eigenschaften der Dienstleistung, also die vom Büro im konkreten Fall angebotenen Leistungen
- den Gesamtpreis oder die Art der Preisberechnung, also z. B. die Honorarberechnung nach der Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen (HOAI) für das konkrete Bauvorhaben, sofern die HOAI Anwendung findet, mitsamt Nebenkosten. Der Auftraggeber, der sich aufgrund dieser Auskunft auf ein Schlusshonorar einrichtet, ist besonders schutzbedürftig, wenn der Planer nach Durchführung der Leistungen nach Mindestsätzen abrechnen will, die über dem zuvor angegebenen Gesamtpreis liegen<sup>37</sup>
- ggf. die Zahlungs- und Leistungsbedingungen sowie Termine
- die Tatsache, dass der Planer vom Verbraucher die Leistung einer finanziellen Sicherheit verlangen kann, also die Möglichkeit, dass der Planer seine Honorarforderung gegen den Auftraggeber (Verbraucher) absichern kann (z. B. durch die Einräumung einer Sicherungshypothek an dem Baugrundstück des Verbrauchers, vgl. § 648 f. BGB)

Bei AGV ist zu beachten, dass nicht nur die erforderlichen Informationen gemäß § 246a EGBGB übergeben werden müssen, sondern dem Verbraucher zusätzlich gemäß § 312g Abs. 1 BGB ein **Widerrufsrecht** von 14 Tagen zusteht, über welches er schriftlich zu belehren ist. Zudem muss der Verbraucher auf das Muster-Widerrufsformular aus dem EGBGB hingewiesen werden.

Macht der Verbraucher von seinem Widerrufsrecht Gebrauch, so sind gemäß § 355 Abs. 3 BGB die empfangenen Leistungen unverzüglich zurück zu gewähren. Ein Honoraranspruch für bereits erbrachte Leistungen besteht gemäß § 361 BGB nicht. Würde über das Widerrufsrecht nicht ordnungsgemäß belehrt, so hat dies zur Folge, dass der Verbraucher den Vertrag gemäß § 356 Abs. 3 BGB bis zu einem Jahr und 14 Tagen widerrufen kann.

Steht dem Verbraucher ein Widerrufsrecht zu und möchte er dennoch, dass unmittelbar nach dem Vertragsschluss, das heißt noch während der Widerrufsfrist, mit der Vertragserfüllung begonnen wird, so sollte der Architekt eine schriftliche Erklärung des Verbrauchers verlangen, dass dieser zur Kenntnis genommen hat, dass er infolgedessen sein Widerrufsrecht verliert und dennoch den sofortigen Beginn wünscht.

<sup>37</sup> Siehe dazu § 7, Rn. 33.

Bei Stufenverträgen gelten diese Anforderungen für jede einzelne Stufe. Die Beweislast für die umfassende Information sowie – sofern erforderlich – die Belehrung zum Widerrufsrecht trägt der Architekt. Daher ist anzuraten sich den Erhalt der Informationen schriftlich – im Idealfall mit Unterschrift – bestätigen zu lassen.

### 3. Anordnungsrecht

- 13** In der Praxis kaum infrage gestellt ist das Anordnungsrecht des Auftraggebers. So werden häufig Veränderungen der Planungsziele vom Auftraggeber vorgegeben, die letztlich zu einer Veränderung des vertraglichen Leistungsziels oder der Planungsstände führen. Diese Praxis ist zu hinterfragen, da das BGB ein einseitiges Anordnungsrecht des Auftraggebers nicht kennt. Kommt der Planer dem Verlangen nach, wird man ein Einvernehmen der Parteien über die geänderte Leistung nicht leugnen können.<sup>38</sup> Probleme ergeben sich dort, wo der Planer die Änderungsanordnung nicht akzeptiert und auch nicht akzeptieren muss.

Unproblematisch sind die Fälle, in denen die Parteien ein Anordnungsrecht vertraglich vereinbart haben. Individualvertraglich kann ein solches unproblematisch bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit vereinbart werden. Die Baupraxis kennt Anordnungsrechte in AGB in § 1 Abs. 3, 4 VOB/B, woran sich auch Planer und Auftraggeber orientieren können. Wird ein solches Anordnungsrecht ohne Vergütungsfolge (§ 2 Abs. 5, 6 VOB/B) vereinbart, ist seine AGB-rechtliche Zulässigkeit fragwürdig, denn das gesetzliche Leitbild geht davon aus, dass eine vertragliche Pflicht zur Leistung von beiden Seiten vereinbart sein muss. Ein Anordnungsrecht, welches jedoch der durch Anordnung veränderten Planung eine Vergütung ohne Wenn und Aber gegenüber stellt, kompensiert zumindest die möglicherweise dadurch entstehenden Nachteile, was die Klausel nach diesseitiger Auffassung unbedenklich macht.<sup>39</sup> Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass ohne vertragliche Präzisierung selbst im Rahmen der VOB/B darüber diskutiert wird, ob das Anordnungsrecht auch Vertragsumstände umfasst.<sup>40</sup> Dies ist für Eingriffe in den Bauablauf von wesentlichem Interesse.

Ist kein Anordnungsrecht vertraglich vereinbart worden, wird man ein Anordnungsrecht nur dann annehmen können, wenn die Planungsleistung erst wenig vorangeschritten ist bzw. die gewünschten Veränderungen die Planung nicht im Kern angreifen und eine Verweigerung der Umplanung durch den Planer (auch im Hinblick auf seine verantwortliche Stellung als Sachwalter) treuwidrig erscheinen würde sowie die Vergütung gesichert ist.<sup>41</sup> Das lässt sich damit begründen, dass in LPh 2 die Variante keine Änderung des Leistungsolls darstellt, sondern jede Variante nach gleichen Anforderungen noch zur originären Leistung gehört.<sup>42</sup>

Kniffka möchte das Anordnungsrecht darüber hinaus damit begründen, dass anders als bei einem normalen Bauvertrag mit Austauschcharakter bei einem Objektplanervertrag das Leistungsziel in der Regel noch nicht von Anfang an feststehe, sondern erst innerhalb der Grundlagenermittlung, Vorplanung und Entwurfsplanung erarbeitet werde.<sup>43</sup> Die Aufgabe des Architekten, die Bauwünsche seines Auftraggebers zu ermitteln und umzusetzen, führe dazu, dass dem Auftraggeber ein Anordnungsrecht zustehe, welches der Planer auch zu

38 OLG Naumburg, Urteil vom 23.6.2011 – 2 U 113/09, IBR 2011, 626.

39 Der BGH geht davon aus, dass § 1 Nr. 4 VOB/B (jetzt § 1 Abs. 4 VOB/B) der isolierten Inhaltskontrolle nach AGB-Recht standhält; vgl. BGH, Urteil vom 25.1.1996 – VII ZR 233/94, IBR 1996, 182, BauR 1996, 378.

40 Zum Meinungsstand: Ingenstau/Korbion, VOB/B, 18. Aufl., § 1 Abs. 3 Rn. 4 ff.

41 Etwas weniger strenge Voraussetzungen bei Locher/Koebble/Frik, 12. Aufl., § 10 Rn. 21.

42 Locher/Koebble/Frik, 12. Aufl., § 34 Rn. 56; Jochem/Kaufhold, 5. Aufl., § 33 Rn. 37.

43 Kniffka, IBR-Online-Kommentar, § 631, Rn. 948.

beachten habe.<sup>44</sup> Diese Pflichten werden aber gerade in den Planungsschritten bis Ende LPh 2 erbracht. Bis zu diesem Zeitpunkt sind Varianten ohnehin als vertragliche Leistung zu erbringen. Darüber hinaus hat der Planer sicherlich auch Weisungen im Rahmen der Konkretisierung und Optimierung seiner Leistungen entgegen zu nehmen. Handelt es sich um Fortführungen und Optimierungen der Planung, sollen diese vergütungsfrei bleiben, auch wenn sie der Auftraggeber anordnet.<sup>45</sup> Das ist noch von der originären Leistungspflicht erfasst. Werden jedoch nach Konkretisierung von Leistungsziel und Kosten Anordnungen zur Umplanung gegeben, ist nicht erkennbar, weshalb der Planer verpflichtet sein soll, diese zu befolgen. Ändert der Auftraggeber in dieser Phase die Planungsziele oder das Budget, ohne dass das auf eine mangelhafte Leistung des Planers zurückzuführen ist, kann er nicht einseitig die vertraglichen Grundlagen ändern. Soweit kann nach diesseitiger Auffassung ohne vertragliche Regelung ein Anordnungsrecht nicht gehen. Teilweise wird vertreten, dass nur Planungsvarianten, nicht aber Planungsänderungen abverlangt werden können.<sup>46</sup> Die Abänderungsbefugnis hinsichtlich der Planungsvarianten ergebe sich aus dem Entwicklungscharakter des Planervertrages und der Sachwalterstellung des Planers.<sup>47</sup>

Ein Weg, Planungsvarianten auch in späteren Leistungsphasen nach LPh 2 verlangen zu können, liegt in der Begründung einer entsprechenden vertraglichen Pflicht. Es ist umstritten, inwieweit die von der HOAI zu LPh 2 vorgesehene Verpflichtung zur wiederholten Planung vertraglich auch auf Wiederholungsleistungen für LPh 3, 4 und 5 übertragen werden kann.

Soweit eine vollständige Neuplanung (bspw. Änderung eines Bürogebäudes in ein Hotel) ansteht, werden sich die Parteien auf einen neuen Vertrag einigen müssen. Ein einseitiges Recht des Auftraggebers auf Anordnung weitreichender „Wiederholungs-“ Leistung gibt es dafür nicht.<sup>48</sup> Beachtlich wird hier aber, zu welchem Zeitpunkt die Umplanung gewünscht wird und wie konkret die Planungsvorstellungen der Parteien bereits waren. In einer frühen Phase der Planung ist zumeist das Bild der Parteien vom zukünftigen Objekt noch gar nicht so verfestigt, dass man überhaupt von einer vollständigen Neuplanung wird sprechen können. Ein vollkommen neuer Vertragsgegenstand wird daher in der LPh 2 noch seltener vorliegen, als bei Änderung der Planung in der LPh 3 oder später. Liegt bereits die Genehmigungsplanung vor und wünscht der Auftraggeber nachträglich Änderungen, so ist davon auszugehen, dass sich die Planung so sehr verfestigt hat, dass jede Änderung, die den Kern der Planung verändert und insbesondere zur erneuten Genehmigungsbedürftigkeit führt, einer neuen vertraglichen Vereinbarung bedarf. Hierbei besteht dann ohne vertragliche Regelung kein Anordnungsrecht des Auftraggebers, es sei denn, die Umplanung ist unwesentlich.<sup>49</sup> Andererseits kann der Planer nicht nur einen Vorentwurf vorschlagen und jede weitere Änderung ablehnen.<sup>50</sup>

44 Unter Verweis auf BGH, Urteil vom 24.6.1999 – VII ZR 196/98; Urteil vom 22.1.1998 – VII ZR 259/96, jeweils zu Kostenzielen und -vorgaben des Auftraggebers.

45 OLG Jena, Urteil vom 8.5.2008 – 1 U 108/07, IBR 2010, 95; BGH, Beschluss vom 15.10.2009 – VII ZR 129/08 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen).

46 Vgl. Motzke/Wolff, 3. Aufl., § 20 S. 413, 418.

47 BGH, Urteil vom 22.1.1998 – VII ZR 259/96, IBR 1998, 156, BauR 1998, 354 und BGH, Urteil vom 8.1.1998 – VII ZR 141/97, IBR 1998, 158, BauR 1998, 356, Motzke/Wolff, 3. Aufl., § 20 S. 415.

48 OLG Düsseldorf, Urteil vom 22.3.1994 – 21 U 172/93, BauR 1994, 534 für die Änderung eines Bürogebäudes in ein Hotel.

49 Locher/Koebble/Frik, 12. Aufl., § 10 Rn. 21 stellen dabei darauf ab, dass Änderungswünschen hinsichtlich der Ausstattung eher nachzukommen ist, als solchen konstruktiver Art. Eine klare diesbezügliche Regel kann es jedoch nicht geben.

50 Locher/Koebble/Frik, 12. Aufl., § 10 Rn. 21.

- 15 Nach der hier vertretenen Auffassung hat der Auftraggeber mangels vertraglicher Vorsorge in der Definition des Leistungsolls oder Vereinbarung kein Anordnungsrecht mit der Folge, dass der Planer die Leistung verweigern kann. Ansonsten führt eine Abänderungsvereinbarung immer zu einer Veränderung des Preis-/Leistungsgefüges. Sicht der Vertrag keine anders lautende Regelung dazu vor, ist jede Änderung, unabhängig von dem Umfang der Änderung einer weiteren Vergütung zuzuführen.<sup>51</sup>

Koebler vertritt die Auffassung, dass der Planer in jedem Fall seine weitere Tätigkeit von einer schriftlichen Honorarvereinbarung (§ 7 Abs. 1) abhängig machen dürfe.<sup>52</sup> Diese Auffassung verkennt jedoch, dass im Fall der Wirksamkeit einer einseitigen Anordnung das werkvertragliche Leistungsziel verändert wird. Um dieses zu erreichen, ist der Planer allerdings vorleistungspflichtig. Er kann seine Leistung nur verweigern, wenn auch der Auftraggeber die Vergütung für die angeordnete Leistung endgültig verweigert und die Leistung nicht von dem bisherigen Leistungsoll umfasst ist.<sup>53</sup>

Unabhängig hiervon muss es aber möglich sein, dass der Auftraggeber sich vertraglich das Recht einräumen lässt, Umplanungen einseitig anzuordnen. Ob eine solche Regelung in AGB zulässig ist, wird zum Teil bezweifelt, weil ein einseitiges Änderungsrecht in den Grundsatz eingreift, dass Verträge einzuhalten sind und von diesen nur im beiderseitigen Einvernehmen abgewichen werden kann, §§ 145, 146 BGB. Dieser Rechtsbindungswille stellt eine wesentliche Grundlage des Vertragssystems des BGB dar, welches die Äquivalenz gegenseitiger Leistungen absichert. Die Problematik ist vorliegend für den Planer keine andere als für den nach VOB/B ausführenden Werkunternehmer. Zu § 1 Abs. 4 VOB/B hat der Bundesgerichtshof jedoch entschieden, dass dieser auch einer isolierten Kontrolle standhält.<sup>54</sup> Begründet wird dies damit, dass bei Vertragsschluss oft noch nicht klar ist, wie der vereinbarte Leistungserfolg zu erreichen ist. Ein Anordnungsrecht gegenüber dem Planer ist daher nicht zu beanstanden, solange dieser mit seinem Büro auf die Leistung eingestellt ist.

#### 4. Vertragsinhalt

- 16 Den Vertragstypus Architekten-/Ingenieurvertrag kennt das Bürgerliche Gesetzbuch nicht, hierbei handelt es sich zumeist um Dienst- oder Werkverträge. Im Regelfall sind sie als Werkverträge einzustufen, wobei die Auslegung der vertraglichen Vereinbarung maßgeblich ist.<sup>55</sup> Die Klassifizierung ist maßgeblich für Art und Umfang der Vertragspflichten. Dienstverträge können nur bei unselbstständigen Planungsleistungen angenommen werden. Es handelt sich dabei in der Regel um ergänzende Planungsleistungen, die für sich genommen kein eigenständiges Gewicht haben und zum Beispiel die Planungsleistungen des Auftraggebers lediglich unterstützen und vervollständigen. Bei einem Dienstvertrag besteht die geschuldete Hauptleistung in der Erbringung einer Arbeitsleistung. Gegenstand des Dienstvertrages ist die Tätigkeit als solche.<sup>56</sup> Dagegen schuldet der Auftragnehmer/Werkunternehmer beim Werkvertrag nicht nur die Tätigkeit als solche, sondern auch tatsächlich den Eintritt des vertraglich festgelegten Erfolges. Die Leistungen der Architekten und Ingenieure sind daher

51 I.E. so auch: Werner/ Pastor, 14. Aufl., Rn. 1022 (Abgrenzung geschuldeter Planung zu Änderungsanordnung am Merkmal des Umfangs und Aufwandes – Wesentlichkeitsgrenze; abweichend: Locher/Koebler/Frik, 11. Aufl., § 10 Rn. 11 Entgeltlichkeit nur bei Wesentlichkeit der Änderung).

52 Ebenso im Ergebnis Locher/Koebler/Frik, 12. Aufl., § 10 Rn. 23.

53 BGH, Urteil vom 20.12.1996 – V ZR 277/95, IBR 1997, 433; Palandt/Grüneberg, BGB, 73. Aufl., § 320 Rn. 18.

54 Der BGH geht davon aus, dass § 1 Nr. 4 VOB/B der isolierten Inhaltskontrolle nach AGB-Recht standhält. Vgl. BGH, Urteil vom 25.1.1996 – VII ZR 233/94, BauR 1996, 378.

55 BGH, Urteil vom 10.6.1999 – VII ZR 215/98, BauR 1999, 1317.

56 MüKo/Busche, BGB, 6. Aufl., § 631 Rn. 14.