

Die Architektenvergütung nach der Mindestsatz-Entscheidung des EuGH

Richter Fabian Bitzer und Vors. Richterin am LG Dr. Carola Wittig*

Mit seinem Urteil vom 4.7.2019 (NZBau 2019, 511 = NJW 2019, 2529 = DS 2019, 190) hat der EuGH entschieden, dass die Bundesrepublik Deutschland gegen Unionsrecht verstößt, indem sie auch nach Inkrafttreten der Dienstleistungsrichtlinie verbindliche Honorare für die Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren beibehalten hat. Die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) sieht in ihrem § 7 vor, dass die Mindestsätze der Verordnung nur durch schriftliche Vereinbarung in Ausnahmefällen unterschritten werden können (Abs. 3) und dass die Vereinbarung der Mindestsätze unwiderleglich vermutet wird, wenn die Parteien bei Auftragserteilung nicht etwas anderes schriftlich vereinbart haben (Abs. 5). Diese Vorschriften sind auch nach der Entscheidung des EuGH weiterhin geltendes Recht. Der nachfolgende Beitrag zeigt auf, dass diese Regelungen aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts von den Gerichten nicht mehr anzuwenden sind und damit bis zu einer Änderung des Regelwerks eine Art Legisvakanz entstanden ist. Sodann wird untersucht, welche Konsequenzen sich hieraus für die Bestimmung der Höhe der Architektenvergütung ergeben.

I. Die Wirkung der EuGH-Entscheidung

1. Weitergeltung der HOAI

Die Mindestsatz-Entscheidung des *EuGH* ist im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens als Feststellungsurteil nach Art. 260 I AEUV¹ ergangen. Der betroffene Mitgliedstaat ist hiernach verpflichtet, den rechtswidrigen Akt rückgängig zu machen.² Die Entscheidung des *EuGH* stellt keine gestaltende Anordnung dar, etwa in Form der Aufhebung der unionsrechtswidrigen nationalen Rechtsvorschrift.³ Beim eingangs genannten § 7 HOAI handelt es sich um weiterhin geltendes Recht. Die Vorschriften der HOAI sind durch die Entscheidung des *EuGH* weder aufgehoben noch für nichtig oder sonst unwirksam erklärt worden.⁴ Dennoch hat die Entscheidung folgende Auswirkungen auch auf bereits laufende Verträge:

2. Unionsrechtswidrigkeit von § 7 III und V HOAI

Aus der Mindestsatz-Entscheidung des *EuGH* ergibt sich ohne Weiteres, dass § 7 III HOAI, wonach die Mindestsätze in Ausnahmefällen durch schriftliche Vereinbarung unterschritten werden können, unionsrechtswidrig ist. Denn ein solcher Ausnahmefall liegt nach der Rechtsprechung nur bei engen Beziehungen rechtlicher, wirtschaftlicher, sozialer und/oder persönlicher Art oder sonstigen besonderen Umständen vor.⁵ Die Möglichkeit einer Ausnahme kann das grundsätzliche Verbot der Mindestsatzunterschreitung aufgrund ihres engen Anwendungsbereichs daher nicht vor der Unionsrechtswidrigkeit bewahren.

Die nach § 7 V HOAI ausdrücklich unwiderlegliche Vermutung einer Mindestsatzvereinbarung abseits der Erfüllung bestimmter Form- und Fristbedingungen ist infolge der Unionsrechtswidrigkeit der verbindlichen Mindestsätze ebenfalls nicht haltbar.⁶ Diese Vorschrift

regelt *nicht* ausschließlich die Rechtsfolgen eines Formverstößes,⁷ sondern insbesondere den Fall, dass die Parteien keine Vereinbarung über die Höhe des Architektenhonorars getroffen haben. Die Mindestsätze sind bei Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung überhaupt erst wegen § 7 V HOAI anwendbar.⁸ Der Verordnungsgeber wollte hierdurch die grundsätzliche Geltung der Mindestsätze postulieren und Ausnahmen hiervon nur unter sehr engen formalen (schriftlich), zeitlichen (bei Auftragserteilung) und sachlichen Grenzen (Ausnahmefall) zulassen.⁹ Wenn aber gerade die mit den Formvorschriften verknüpfte Rechtsfolge (unwiderlegliche Vermutung der Mindestsätze) zu einem unionsrechtswidrigen Ergebnis führt, können die Formvorschriften alleine keinen Bestand haben. Denn die in der HOAI vorgesehene Einschränkung einer nach §§ 631 I, 632 I BGB formfrei möglichen Vergütungsvereinbarung verfolgt erkennbar ausschließlich den Zweck der Durchsetzung der Mindestsätze. Wo aber die Regel entfällt, besteht auch kein Anlass, im Wege geltungserhaltender Reduktion die Ausnahmen aufrechtzuerhalten. Es ist kein Wille des Verordnungsgebers festzustellen, völlig unabhängig von der Verbindlichkeit der Mindestsätze in die bürgerlich-rechtliche Vertragsfreiheit einzugreifen.

3. Richtlinienkonforme Auslegung von § 7 III und V HOAI

Die Bestimmungen in § 7 III und V HOAI blieben infolge der Entscheidung des *EuGH* von den nationalen Gerichten nur dann ohne Unionsrechtsverstoß weiter anwendbar, wenn sie richtlinienkonform ausgelegt werden könnten, so dass sie mit der Dienstleistungsrichtlinie vereinbar wären.¹⁰ Sie müssten also nach den Methoden der deutschen Rechtstradition¹¹ so verstanden werden können, dass die Mindest-

Bitzer/Wittig: Die Architektenvergütung nach der Mindestsatz-Entscheidung des EuGH (NZBau 2019, 683)

684 

sätze der HOAI nicht verbindlich sind. Dies gelingt jedoch nach keiner der klassischen Auslegungsmethoden:

Aus der *systematischen Stellung* der Vorschriften lassen sich keine Erkenntnisse gewinnen. Der *Wortlaut des § 7 III HOAI* ist eindeutig. Mindestsatzunterschreitende Honorarvereinbarungen sind grundsätzlich unwirksam. Selbst wenn man den Begriff des „Ausnahmefalls“ weiter verstehen würde als die seitherige Rechtsprechung, blieben die Mindestsätze verbindlich, weil eben im Regelfall selbst mit schriftlicher Vereinbarung nicht von ihnen abgewichen werden kann. Auch der *Wortlaut des § 7 V HOAI* ist eindeutig. Hiernach wird unwiderleglich vermutet, dass die jeweiligen Mindestsätze gemäß Absatz 1 vereinbart sind, sofern nicht bei Auftragserteilung etwas anderes schriftlich vereinbart worden ist. Aus der Verordnungsgeschichte ergibt sich nichts anderes. Der Verordnungsgeber wollte bereits durch die Neufassung 2009 an dem bisherigen, grundsätzlichen Verbot der Mindestsatzunterschreitung festhalten.¹² Die Neufassung der HOAI diene unter anderem der Berücksichtigung der Vorgaben der Dienstleistungsrichtlinie. Der Verordnungsgeber war sich der Problematik der Zulässigkeit von Mindest- und Höchstpreisen bewusst.¹³ Er war aber der Ansicht, dem Problem dadurch begegnen zu können, dass Dienstleistungen, die von einem anderen Mitgliedstaat aus erbracht werden, nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung fallen.¹⁴ Sowohl *Telos* als auch *Verordnungsgeschichte* sprechen also gerade dafür, dass von den Mindestsätzen bei innerstaatlichen Sachverhalten nur in Ausnahmefällen abgewichen werden darf. Anders können § 7 III und V HOAI nach den klassischen Auslegungsmethoden nicht verstanden werden. Ein Verständnis des § 7 III und V

HOAI im Sinne nicht verbindlicher Mindestsätze würde eine unzulässige Rechtsfortbildung *contra legem* darstellen.

Die Vorschriften des Architektenhonorarrechts unionskonform auszugestalten, muss daher dem Verordnungsgeber überlassen bleiben.

4. Anwendungsvorrang des Unionsrechts

Solange § 7 III und V HOAI vom Verordnungsgeber nicht neu gefasst werden, müssen diese Vorschriften wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts unangewendet bleiben.¹⁵ Methodisch bedeutet die Vorrangregel, die sich aus dem Gebot der Unionstreue (Art. 4 III EUV) ergibt, dass aufgrund des Vorrangs des Unionsrechts die Unanwendbarkeit der nationalen kollidierenden Vorschrift angeordnet wird.¹⁶ Damit bleiben die Beschränkungen in § 7 HOAI gegenstandslos, soweit sie auf der Verbindlichkeit der Mindest- und Höchstsätze beruhen.¹⁷ Die gegenteilige Auffassung des *OLG Hamm* und des *KG*, wonach ein Anwendungsvorrang ausgeschlossen sei, weil die Dienstleistungsrichtlinie keine unmittelbare Geltung beanspruchen könne,¹⁸ ist nicht überzeugend. Unmittelbare Geltung und Anwendungsvorrang des Unionsrechts sind nicht dasselbe. Anwendungsvorrang bedeutet nicht, dass die Vorschriften der Dienstleistungsrichtlinie unmittelbar anzuwenden wären, sondern dass die gegen Unionsrecht verstoßende nationale Rechtsvorschrift unangewendet bleibt, ohne dass die Vorschriften der Dienstleistungsrichtlinie unmittelbar gelten würden. Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts ist weder auf das Primärrecht beschränkt¹⁹ noch setzt er voraus, dass die Dienstleistungsrichtlinie im Verhältnis Privater zueinander unmittelbar anwendbar sein würde. Das *KG*²⁰ verkennt, dass es bei der Unionsrechtswidrigkeit des Verbots der Mindestsatzunterschreitung nicht darum geht, dem Auftraggeber aus der Dienstleistungsrichtlinie ein Recht zuzugestehen, sich gegenüber dem Architekten auf die Unwirksamkeit dieses Verbots zu berufen. Folge des Anwendungsvorrangs ist, dass sich der Architekt umgekehrt nicht mehr auf das Verbot der Mindestsatzunterschreitung bzw. auf die unwiderlegliche Vermutung der Vereinbarung der Mindestsätze berufen kann. Dem Auftraggeber wird hierdurch kein Recht oder Anspruch gewährt, es wird nur die Rechtslage (wieder-)hergestellt, die ohne die in die bürgerlich-rechtliche Vertragsfreiheit eingreifenden Vorschriften des § 7 III und V HOAI besteht. Entgegen dem *KG*²¹ sind die Grundfreiheiten nicht der für die Unionsrechtswidrigkeit des Mindestsatzgebots geeignete Prüfungsmaßstab. Es gilt der Anwendungsvorrang des Sekundärrechts.²² Da der Unionsgesetzgeber mit der Dienstleistungsrichtlinie der Dienstleistungsfreiheit die konkreten Konturen gegeben hat, sind die Vorschriften der HOAI zuvorderst an dieser Richtlinie zu messen.

II. Anspruchsgrund und Höhe der Architektenvergütung

Das Zustandekommen des Architektenvertrags richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Rechts.²³ Seit der Baurechtsreform 2018 sind der Architekten- und Ingenieurvertrag in den §§ 650 p ff. BGB erstmals ausdrücklich geregelt. An der Grundsystematik der Architektenvergütung hat sich hierdurch nichts geändert. Dem Grunde nach folgt der Vergütungsanspruch aus § 650 q I iVm § 631 I BGB. Die Höhe der Honorare ist hingegen leistungs- und funktionsbezogen²⁴ in der HOAI geregelt (§ 3 I HOAI). Hierbei handelt es sich um öffentliches Preisrecht.²⁵ Finden die Vorschriften der HOAI, etwa aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts, keine Anwendung, bestimmt sich die Höhe des Architektenhonorars nach den allgemeinen Bestimmungen des BGB.

III. Folgen für die Honorarhöhe gemäß HOAI

1. Verträge mit ausdrücklicher Honorarabrede

a) Vereinbarung eines mindestsatzunterschreitenden Honorars

Haben die Parteien eines Architektenvertrags ein unterhalb der HOAI-Mindestsätze liegendes Honorar vereinbart, bleibt der Architekt auch in laufenden Gerichtsverfahren hieran gebunden. Denn aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts ist die Vorschrift des § 7 III HOAI von den Gerichten ab sofort nicht mehr anzuwenden. Zwar ist auch bei Änderungen der Rechtsprechung der Grundsatz des Vertrauensschutzes zu beachten.²⁶ Dies setzt aber voraus, dass die betroffene Partei auf die Fortgeltung einer bisherigen Rechtsprechung vertrauen durfte.²⁷ Seit Bekanntwerden des

Bitzer/Wittig: Die Architektenvergütung nach der Mindestsatz-Entscheidung des EuGH (NZBau 2019, 683)

685 

Mitte Juni 2015 gegen die Bundesrepublik eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahrens, das in vielen Fällen Anträge auf Aussetzung laufender Honorarstreitigkeiten nach sich zog,²⁸ ist davon allerdings kaum noch auszugehen; ohnehin wird derjenige Architekt, der sich selbst vom vereinbarten Honorar durch eine darüber hinausgehende Rechnung gelöst hat, kaum Vertrauensschutz beanspruchen können.

b) Vereinbarung eines die Mindestsätze abbildenden oder überschreitenden Honorars

Haben die Parteien eines Architektenvertrags ein über den HOAI-Mindestsätzen liegendes oder diesen entsprechendes Honorar vereinbart, gilt grundsätzlich der kanonische Rechtsgrundsatz *pacta sunt servanda*. Allerdings sieht das BGB in § 313 I die Möglichkeit vor, dass eine Vertragspartei die Anpassung des Vertrags verlangen kann, wenn sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben, und die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, und einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.

aa) Schwerwiegende Veränderung der Umstände nach Vertragsschluss. Das Risiko einer unvorhersehbaren Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung gehört nicht zum normalen Risiko, das jede Vertragspartei selbst zu tragen hat.²⁹ Dies gilt nicht, wenn im juristischen Schrifttum – wie hier seit Einleitung des Vertragsverletzungsverfahrens – bereits eine entsprechende Änderung diskutiert wurde, so dass es an der Unvorhersehbarkeit der Rechtsprechungsänderung fehlt.³⁰ Soweit die Entscheidung des EuGH vom 4.7.2019 damit noch als taugliche Störung der Geschäftsgrundlage in Betracht kommt, kann der Auftraggeber grundsätzlich Anpassung des Vertrags verlangen (§ 313 I BGB) oder vom Vertrag zurücktreten (§ 313 III 1 BGB). Allerdings ist die (unionsrechtswidrige) Bindung an den Mindestsatz nicht zur Vertragsgrundlage geworden, wenn beiden Parteien der bestehende Verhandlungsspielraum bewusst war. Lässt sich der Auftraggeber bewusst auf ein mindestsatzüberschreitendes Honorar ein, weil der Architekt für ein niedrigeres Honorar nicht tätig werden will, kann es keine Störung der Geschäftsgrundlage darstellen, wenn später das Verbot der Mindestsatzunterschreitung als unionsrechtswidrig eingestuft wird. Denn auch wenn dies zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses schon bekannt gewesen wäre, hätte der Architekt kein anderes Honorar vereinbaren wollen. Damit kann sich der

Auftraggeber nicht vom vereinbarten Honorar lösen. Dies gilt umso mehr in Konstellationen, in denen die Entscheidung des *EuGH* schon absehbar war, insbesondere nach dem Schlussantrag des Generalanwalts beim EuGH am 28.2.2019.³¹ Spätestens hiernach kann die Gesetzes- bzw. Rechtsprechungsänderung nicht mehr unvorhersehbar gewesen sein.

bb) Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag. Der Wegfall der Geschäftsgrundlage berechtigt erst dann zur Vertragsanpassung, wenn das Festhalten an der vereinbarten Regelung für die betroffene Partei zu einem nicht mehr tragbaren Ergebnis führt.³² Dies ist nach häufig bemühter Formel der Rechtsprechung dann der Fall, wenn das Ergebnis mit Recht und Gerechtigkeit nicht zu vereinbaren ist und damit für eine Vertragspartei ein nach Treu und Glauben nicht zumutbares Ergebnis unabweislich erscheint.³³ Für den Regelfall einer Honorarvereinbarung erscheint fraglich, ob bei Festhalten am Vertrag ein solch untragbares Ergebnis entstünde. Schließlich bekam der Auftraggeber nicht nur, was er beauftragt hatte, sondern musste auch genau das bezahlen, was vereinbart war. Selbst wenn man infolge der Entscheidung des *EuGH* sinkende Planungshonorare erwartet, sind keine wirtschaftlich untragbaren und für den Auftraggeber ruinösen Ergebnisse ersichtlich.³⁴ Dies gilt umso mehr, wenn man als Gegenleistung für das Planungshonorar nicht nur auf die Planung als solche abstellt, sondern auf das errichtete Bauvorhaben als deren Endprodukt. Angesichts des geringen Anteils der Planungskosten an den gesamten Baukosten wird sich die Wertentwicklung der Immobilien aufgrund der Entscheidung des *EuGH* kaum spürbar nach unten entwickeln. Damit kann sich der Auftraggeber im Regelfall nicht vom Architektenvertrag oder der Honorarvereinbarung lösen.

cc) Ausdrückliche Vereinbarung des Mindestsatzhonorars. Eine Störung der Geschäftsgrundlage kann in dieser Konstellation nach dem oben Gesagten nur vorliegen, wenn die Vertragsparteien zuvor nicht über die Vergütung verhandelt haben und der Auftraggeber bei Vertragsschluss davon ausgegangen ist, in rechtlich zulässiger Weise kein niedrigeres als das tatsächlich vereinbarte Honorar vereinbaren zu können. Selbst wenn eine Störung der Geschäftsgrundlage vorliegt, müsste das Festhalten am vereinbarten Honorar zu nicht tragbaren Ergebnissen führen. Dies wird regelmäßig nicht der Fall sein.

2. Keine schriftliche Honorarvereinbarung bei Auftragserteilung

a) Unwiderlegliche Vermutung gem. § 7 V HOAI 2013

Haben Bauherr und Architekt nach dem 17.7.2013 einen Vertrag geschlossen und hierin keine Bestimmungen über die Höhe der Architektenvergütung getroffen, wird nach § 7 V HOAI unwiderleglich vermutet, dass die Vertragsparteien den Mindestsatz vereinbart haben. Aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts ist die Vorschrift allerdings nicht mehr anzuwenden. Die HOAI enthält keine weiteren Bestimmungen, aus denen sich ergeben würde, dass sich die Vergütung des Architekten nach den Mindestsätzen oder anderen Honorarregelungen der Verordnung richtet, wenn zur Vergütungshöhe nichts vereinbart wurde. Die Höhe des Honorars kann sich daher ohne Vereinbarung nicht mehr nach den Regelungen der HOAI bestimmen.

b) Widerlegliche Vermutung nach § 7 VI 1 HOAI 2009

Auf Leistungen, die vor dem 17.7.2013 beauftragt wurden, findet die HOAI in ihrer Fassung von 2009 Anwendung. Wurde zur Vergütungshöhe nichts geregelt, gelten gem. § 7 VI 1 HOAI 2009 die Mindestsätze als vereinbart, sofern nicht bei Auftragserteilung etwas anderes schriftlich vereinbart worden ist. Es fragt sich, ob diese Vorschrift ebenfalls unionsrechtswidrig ist oder sich mit der Dienstleistungsrichtlinie vereinbaren lässt. Der *EuGH*

hat zwar festgestellt, dass verbindliche Honorare unionsrechtswidrig sind; weder die Dienstleistungsrichtlinie noch die *EuGH*-Entscheidung definieren allerdings, was unter einem „verbindlichen“ Honorar zu verstehen ist. Die Dienstleistungsrichtlinie untersagt den Mitgliedstaaten in Art. 15 II Buchst. g gar nur die Anforderung der „Beachtung von festgesetzten Mindest- und/oder Höchstsätzen“. Gegen die Unionsrechtswidrigkeit ließe sich daher einwenden, dass Vereinbarungen der Parteien mit den Beschränkungen des § 7 III HOAI 2009 beachtlich sind und die Vermutung der Vereinbarung der Mindestsätze zudem (anders als bei § 7 V HOAI 2013) jedenfalls dem Wortlaut nach nicht unwiderleglich ist. Für eine Unionsrechtswidrigkeit spricht indes, dass vollkommen unklar bleibt, wie diese Vermutung *in praxi* widerlegt werden kann, wenn die Vertragsparteien überhaupt keine Absprachen hinsichtlich der Vergütung getroffen haben. Die Auslegung des sekundären Unionsrechts ist indes Aufgabe des *EuGH* (Art. 267 II Buchst. b AEUV).³⁵ Eine Entscheidung des *EuGH* im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens hierzu bleibt daher abzuwarten.

3. Künftige Vereinbarung der Anwendung der HOAI

Im Vorfeld der Entscheidung des *EuGH* war vielfach zu hören, auch wenn die Mindestsätze „kippen sollten“, könne „

Bitzer/Wittig: Die Architektenvergütung nach der Mindestsatz-Entscheidung des EuGH (NZBau 2019, 683)

686 

die HOAI“ weiterhin vereinbart werden und dann ändere sich nichts. Ganz so einfach dürfte es in der Praxis nicht werden, verdeutlicht man sich, dass jedenfalls private Auftraggeber, die weder die HOAI noch die Diskussionen um die Unionsrechtswidrigkeit ihrer Mindest- und Höchstsätze kennen, die Auswirkungen einer solchen Vereinbarung häufig gar nicht abschätzen können. Hier werden deshalb Informationspflichten des Planers über die Unverbindlichkeit der Mindestsätze und die Möglichkeiten einer Abstandnahme des Auftraggebers vom vereinbarten Mindestsatz mit dem Argument, bei Kenntnis des Verhandlungsspielraums hätte man diesen auch ausgeschöpft, zu diskutieren sein.

IV. Bestimmung der Vergütungshöhe nach BGB

1. Taxmäßige Vergütung (§ 632 II Var. 1 BGB)

Unter einer Taxe ist eine unter hoheitlicher Mitwirkung festgesetzte Vergütung zu verstehen, die nicht ohnehin zwingend gilt.³⁶ Die Taxe muss allerdings ihrerseits rechtmäßig sein.³⁷ Bleiben die Regelungen des § 7 III und V HOAI wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts unangewendet, ist kein anderer Regelungsmechanismus ersichtlich, der den Mindestsätzen oder darüber liegenden Tabellenwerten der HOAI Geltung verschaffen würde. Gibt es aber keine rechtmäßige oder anwendbare Sonderregelung für den Fall einer nicht vereinbarten Vergütung, dann ist diese nicht taxmäßig bestimmt, sondern nur unter Ausübung eines Ermessens des Unternehmers bestimmbar.³⁸

2. Übliche Vergütung (§ 632 II Var. 2 BGB)

Aber auch eine übliche Vergütung, die nach allgemeiner Auffassung der beteiligten Kreise am Ort der Werkleistung bezahlt zu werden pflegt,³⁹ ist nur schwer bestimmbar. Die Üblichkeit setzt gleiche Verhältnisse in zahlreichen Einzelfällen voraus.⁴⁰ *In praxi* kommt es

aber nicht selten vor, dass die Parteien eines Architektenvertrags ein vom Mindestsatz abweichendes Pauschalhonorar vereinbaren. Ebenso, wenngleich wohl seltener, sind Stundenhonorarvereinbarungen anzutreffen. Daher wird wohl auch unter Zuhilfenahme des Sachverständigenbeweises nicht oder nicht mit vertretbarem Aufwand bestimmt werden können, welche Vergütung für welches Bauvorhaben in welcher Größenordnung und mit welcher technischen Ausstattung in welcher Region von welchen Bauherren an welche Architekten bezahlt zu werden pflegt. Die Mindestsätze der HOAI sind aufgrund der Vielzahl verbreiteter Vergütungsregelungen jedenfalls nicht als übliche Vereinbarung anzusehen.⁴¹ Lässt sich eine Üblichkeit nicht feststellen, ist die Vergütungshöhe im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu bestimmen.⁴² Haben die Parteien die Vergütungshöhe nicht geregelt und hierüber auch nicht verhandelt, ist eine Auslegung des Vertrags mangels anknüpfungsfähiger Umstände aber nicht möglich.

3. Bestimmung der Vergütungshöhe durch eine Partei (§§ 315, 316 BGB)

Scheidet eine ergänzende Vertragsauslegung aus, kann die Vergütungshöhe subsidiär nach den Regelungen der §§ 315, 316 BGB bestimmt werden.⁴³ Nach § 315 I BGB ist im Zweifel anzunehmen, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist, wenn die Leistung (hier: das Architektenhonorar) durch einen der Vertragsschließenden bestimmt werden soll. Wenn der Umfang der für eine Leistung versprochenen Gegenleistung nicht bestimmt ist, steht nach § 316 BGB im Zweifel die Bestimmung demjenigen zu, welcher die Gegenleistung zu fordern hat. Dies ist wegen der Unionsrechtswidrigkeit verbindlicher HOAI-Mindestsätze die Architektenvergütung. Diese ist daher nach § 316 BGB vom Architekten zu bestimmen. Nach § 315 II BGB erfolgt die Bestimmung durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil. In den meisten Fällen wird diese Erklärung darin zu sehen sein, dass der Architekt eine Schlussrechnung nach den Mindestsätzen der HOAI gestellt hat. Die Anwendung der Mindestsätze wird aber kaum der Billigkeit entsprechen.

Als maßgebliche Kriterien für die Billigkeit kommen unter anderem der Geschäftszweck, Dauer des Rechtsverhältnisses, Art und Umfang der Gegenleistung, wirtschaftliche Interessen oder Belastungen der Parteien oder Preise konkurrierender Anbieter in Betracht.⁴⁴ Ein einseitig bestimmbarer Preis soll dann „billig“ sein, wenn das verlangte Entgelt im Rahmen des Marktüblichen liegt und dem entspricht, was regelmäßig für eine vergleichbare Leistung verlangt wird.⁴⁵ Allerdings lässt sich eine übliche Vergütung gerade nicht bestimmen. Was auch immer „billig“ ist, die Mindestsätze der HOAI können es demzufolge nicht sein. Dies muss umso mehr gelten, nachdem deren Verbindlichkeit unionsrechtswidrig ist. Eine Vergütung, die – wenn sie nicht ausdrücklich vereinbart wurde – gegen Unionsrecht verstößt, kann nicht iSd § 315 BGB billig sein. Dies würde der Dienstleistungsrichtlinie sowie dem Grundsatz der Unionstreue zuwiderlaufen. Auf diese Weise würden in Fällen, in denen die Vertragsparteien die Höhe der Vergütung nicht vereinbart haben und die HOAI seit der Entscheidung des *EuGH* keine Anwendung mehr findet, die Mindestsätze gleichsam „durch die Hintertür“ wieder eingeführt werden.

4. Bestimmung der Vergütungshöhe durch das Gericht (§ 315 III 2 BGB)

Entspricht die Bestimmung der Partei nicht der Billigkeit, so wird gem. § 315 III 2 BGB die Bestimmung durch Urteil getroffen. Das Gericht hat dabei alle tatsächlichen Umstände zu beachten und die für das „billige Ermessen“ nach § 315 I BGB vorzunehmende Abwägung durchzuführen.⁴⁶ Grundlagen der gerichtlichen Entscheidung sind der vorhandene Prozessstoff und der jeweilige Parteivortrag.⁴⁷ Auch hier gilt, dass das vom Gericht zu bestimmende „billige“ Architektenhonorar nicht die den Mindestsätzen der HOAI entspre-

chende Vergütung sein kann. Da sich die Höhe des „billigen“ Honorars wohl in den meisten Fällen nicht nach den Umständen objektiv bestimmen und sich wohl auch kein marktüblicher Preis ermitteln lassen wird, muss die Höhe der Vergütungsforderung vom Gericht nach § 287 II ZPO geschätzt werden.

Möglicherweise kann durch ein von Amts wegen einzuholendes Gutachten festgestellt werden, ob der marktübliche Preis für die streitgegenständliche Architektenleistung eher oberhalb oder unterhalb der Mindestsätze der HOAI liegt. Dies wird wohl von Einzelfall zu Einzelfall unterschiedlich sein, je nach dem Anspruch des Entwurfs, dem regionalen Preisgefüge, dem Renommee des Architekten etc. Hierzu wird künftig hinreichend substantzierter Parteivortrag erforderlich und gegebenenfalls durch richterlichen Hinweis nach § 139 ZPO einzufordern sein, damit sachverständige Feststellungen überhaupt möglich sind, anhand derer das „billige“ Honorar durch das Gericht geschätzt werden kann. Dass hier enorme Unwägbarkeiten jedenfalls in der Tatsacheninstanz drohen, ist offensichtlich. Für künftige Vertragsschlüsse,

Bitzer/Wittig: Die Architektenvergütung nach der Mindestsatz-Entscheidung des EuGH (NZBau 2019, 683)

687 

aber auch für bereits abgeschlossene und noch nicht schlussgerechnete Planerverträge sind klare – gegebenenfalls nachträgliche – Vereinbarungen und die laufende Dokumentation erbrachter Leistungen deshalb mehr denn je zu empfehlen.

V. Zusammenfassung

Mindestsatzunterschreitende Honorarvereinbarungen sind wegen der Unionsrechtswidrigkeit des § 7 III HOAI nach der Mindestsatz-Entscheidung des *EuGH* nunmehr zulässig, wirksam und gerichtlich durchsetzbar. Bei Vereinbarung eines den Mindestsätzen entsprechenden oder darüber liegenden Honorars besteht aufgrund des *EuGH*-Urteils indes kein Anlass zur Anpassung oder Auflösung des Vertrags wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB. Wurde keine ausdrückliche Vereinbarung über die Vergütungshöhe getroffen, finden die Mindestsätze der HOAI keine Anwendung mehr. Mangels taxmäßig bestimmter oder üblicher Vergütung iSd § 632 II BGB ist die Vergütung gem. §§ 315, 316 BGB durch das Gericht nach billigem Ermessen festzusetzen. Die Mindestsätze der HOAI können schon deshalb nicht die „billige“ Vergütung sein, weil deren Marktüblichkeit für Architektenleistungen nicht feststellbar ist und sie zum anderen – jedenfalls hinsichtlich ihres verbindlichen Charakters – gegen Unionsrecht verstoßen. Die Höhe der Vergütung ist von den Gerichten nach § 287 II ZPO anhand aller Umstände des Einzelfalls zu schätzen. Die „billige“ Vergütung wird voraussichtlich nach sachverständiger Hilfe im Einzelfall zu bemessen sein.

* Der Autor *Bitzer* ist Richter in der auf HOAI-Streitigkeiten spezialisierten 28. Zivilkammer des LG Stuttgart; die Autorin *Wittig* ist Vorsitzende Richterin der 28. Zivilkammer am LG Stuttgart. Der Beitrag gibt die persönliche Ansicht der Autoren wieder.

1 Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, 7. Aufl. 2016, § 13 Rn. 37.

2 Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht, § 13 Rn. 37.

3 Statt vieler s. nur *Burgi* in *Rengeling/Middeke/Gellermann*, Hdb. d. Rechtsschutzes in der EU, 3. Aufl. 2014, § 6 Rn. 49 mwN.

4 So iE auch *Fuchs/van der Hout/Opitz*, NZBau 2019, 483.

5

- S. hierzu etwa *BGH*, NJW-RR 1999, 1108; *OLG Naumburg*, NZBau 2017, 667 = NJW-RR 2017, 1231 Rn. 27.
- 6 Anders aber *Fuchs/van der Hout/Opitz*, NZBau 2019, 483 (487). Eher für die Unionsrechtswidrigkeit des § 7 V HOAI 2013 *Orlowski*, NJW 2019, 2505 (2506).
- 7 So aber *Fuchs/van der Hout/Opitz*, NZBau 2019, 483 (487).
- 8 Ohne den § 7 V HOAI enthielte die Verordnung zwar bestimmte Preismechanismen (Mindest- bis Höchstsätze). Es wäre aber nirgends angeordnet, welcher Preismechanismus anzuwenden ist, wenn die Vertragsparteien hierzu nichts vereinbart haben.
- 9 Dabei ist schon fraglich, ob die engen Vorgaben an den Abschluss einer Vergütungsvereinbarung (schriftlich und bei Auftragserteilung) von der Ermächtigungsnorm des § 2 IngALG gedeckt sind, die jedenfalls nicht ausdrücklich zum Erlass privatrechtlicher Vorgaben zum Vertragsschluss ermächtigt.
- 10 Gegen eine richtlinienkonforme Auslegung bereits *OLG Hamm*, BeckRS 2019, 15256 = NWB 2019, 2696 Ls., u. *KG*, Hinweisbeschl. v. 19.8.2019 – 21 U 20/19, BeckRS 2019, 18577 Rn. 61 ff.
- 11 Zur richtlinienkonformen Auslegung s. Herdegen, *Europarecht*, 20. Aufl. 2018, § 8 Rn. 50 ff.
- 12 BR-Drs. 395/09, 165.
- 13 BR-Drs. 395/09, 143.
- 14 BR-Drs. 395/09, 144 f.
- 15 So auch *OLG Celle*, Urt. v. 23.7.2019 – 14 U 182/18, BeckRS 2019, 15667, u. Urt. v. 17.7.2019 – 14 U 188/18, BeckRS 2019, 15002; anders dagegen *OLG Hamm*, BeckRS 2019, 15256 = NWB 2019, 2696 Ls. S. auch *Fuchs/van der Hout/Opitz*, NZBau 2019, 483 (484). Zum Anwendungsvorrang des Unionsrechts s. Herdegen, *Europarecht*, § 10 Rn. 1 ff., u. Oppermann/Classen/Nettesheim, *Europarecht*, § 10 Rn. 4 ff.
- 16 Hierzu *Nettesheim* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, *Das Recht der Europäischen Union*, 66. EL Febr. 2019, Art. 1 AEUV Rn. 79.
- 17 *OLG Celle*, Urt. v. 23.7.2019 – 14 U 182/18, BeckRS 2019, 15667 Rn. 16.
- 18 *OLG Hamm*, BeckRS 2019, 15256 Rn. 44 = NWB 2019, 2696 Ls.; *KG*, Hinweisbeschl. v. 19.8.2019 – 21 U 20/19, BeckRS 2019, 18577 Rn. 40.
- 19 *Streinz* in *Streinz*, *EUV/AEUV*, 3. Aufl. 2018, *EUV*, Art. 4 Rn. 35; *Ruffert* in *Calliess/Ruffert*, *EUV/AEUV*, 5. Aufl. 2016, *AEUV*, Art. 1 Rn. 20 mwN. Nach *BVerwGE* 156, 199 = *NVwZ* 2017, 974, findet der Anwendungsvorrang des Unionsrechts sogar auf Beschlüsse der Kommission Anwendung.
- 20 *KG*, Hinweisbeschl. v. 19.8.2019 – 21 U 20/19, BeckRS 2019, 18577 Rn. 80.
- 21 *KG*, Hinweisbeschl. v. 19.8.2019 – 21 U 20/19, BeckRS 2019, 18577 Rn. 84 ff.
- 22 *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*, *EUV/AEUV*, Art. 36 AEUV Rn. 18 mwN.
- 23 *MüKoBGB/Busche*, 7. Aufl. 2018, § 650 p Rn. 15 ff.
- 24 *BGHZ* 136, 1 = *NJW* 1997, 2329.
- 25 *BGHZ* 133, 399 = *NJW* 1997, 586.
- 26 S. hierzu ausführlich *BAGE* 117, 281 = *NZA* 2006, 971 = *NJW* 2006, 3161 Rn. 33 mwN.
- 27 *BAG*, *NZA* 2019, 700 = *AP TzBfG* § 14 Nr. 175 Rn. 42.
- 28 S. nur *LG Stuttgart*, Urt. v. 16.11.2018 – 28 O 375/17, BeckRS 2018, 41568, u. hierzu *Fuchs*, *IBR* 2019, 113.
- 29 Statt vieler *MüKoBGB/Finkenauer*, 8. Aufl. 2019, § 313 Rn. 238 mwN.
- 30 *MüKoBGB/Finkenauer*, § 313 Rn. 239.
- 31 Schlussanträge *GA Szpunar*, BeckRS 2019, 2468.
- 32 *BGH*, *NJW* 2012, 1718 Rn. 30.
- 33 *MüKoBGB/Finkenauer*, § 313 Rn. 76 mwN.
- 34 So iE auch *Fuchs/van der Hout/Opitz*, NZBau 2019, 483 (489).
- 35 Oppermann/Classen/Nettesheim, *Europarecht*, § 13 Rn. 70.
- 36 *MüKoBGB/Busche* § 632 Rn. 21.
- 37 *BeckOGK BGB/Mundt*, Stand: 1.7.2019, § 632 Rn. 543.
- 38 *BeckOGK BGB/Mundt*, § 632 Rn. 543.
- 39 *BGHZ* 167, 139 = *NJW* 2006, 2472 = *DS* 2006, 278 Rn. 14
- 40 *MüKoBGB/Busche*, § 632 Rn. 22.
- 41

Anders aber LG Hamburg, Urt. v. 23.5.2019 – 321 O 288/17, BeckRS 2019, 15697 Rn. 52, das jedoch nicht auf die in der Praxis tatsächlich vereinbarten und gelebten Vergütungsmodelle eingeht.

42 BGHZ 167, 139 = NJW 2006, 2472 = DS 2006, 278; MüKoBGB/Busche § 632 Rn. 23.

43 BGHZ 167, 139 = NJW 2006, 2472 = DS 2006, 278; MüKoBGB/Busche § 632 Rn. 23.

44 MüKoBGB/Würdinger, § 315 Rn. 32 m. w. Bsp.

45 *BGH*, NJW-RR 1992, 183; MüKoBGB/Würdinger, § 315 Rn. 32.

46 MüKoBGB/Würdinger, § 315 Rn. 52.

47 BAGE 156, 38 = NZA 2016, 1334 Rn. 28 = NJW 2016, 3470 Ls.; MüKoBGB/Würdinger, § 315 Rn. 52.