



Der Bundesgerichtshof hat entschieden: § 6 Abs. 2 HOAI 2009 ist unwirksam. Er erteilt damit einer Honorarvereinbarung nach dem sogenannten Baukostenmodell eine Absage. Diese und weitere aktuelle Gerichtsurteile zum Bau- und Architektenrecht stellen wir Ihnen in diesem Newsletter vor. Wir haben dabei den Focus wie immer besonders auf Entscheidungen mit großer Praxisrelevanz gelegt.

Haben Sie Fragen? Fragen Sie uns!

**avocado rechtsanwälte**  
spichernstraße 75–77  
50672 köln  
t +49 221 390710  
f +49 221 3907129  
köln@avocado.de  
www.avocado.de



## Inhaltsverzeichnis

- 3 § 6 Abs. 2 HOAI 2009 ist unwirksam
- 5 Eine Nebenkostenpauschale muss bei Auftragserteilung vereinbart werden
- 6 Nur ausnahmsweise ist der Architekt an eine unwirksame Honorarvereinbarung gebunden
- 10 Wann kann der Auftragnehmer bei einem Streit über Nachträge die Leistung verweigern?
- 11 Mit einer „Pauschalierungsvereinbarung“ sind sämtliche Nachträge abgegolten
- 13 Keine Vertragsstrafe wegen Überschreitung des Fertigstellungstermins bei verzögertem Baubeginn.
- 14 Impressum



## § 6 Abs. 2 HOAI 2009 ist unwirksam

§ 6 Abs. 2 HOAI 2009 ist nicht von seiner gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage in Art. 10 §§ 1, 2 des Gesetzes zur Verbesserung des Mietrechts und zur Begrenzung des Mietanstiegs sowie zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen (MRVG) gedeckt und damit unwirksam. Das hat der BGH in seinem Urteil vom 24.04.2014 – VII ZR 164/13 entschieden.

Der Architekt fordert mit der Klage von dem Auftraggeber ein Mindestsatzhonorar nach § 6 Abs. 1 HOAI. Er vertritt die Auffassung, dass das Honorar auf der Grundlage der Kostenberechnung gemäß § 6 Abs. 1 HOAI zu berechnen sei. Vergeblich beruft sich der Auftraggeber darauf, dass die Vertragsparteien sich auf die Baukosten geeinigt hätten und die anrechenbaren Kosten nicht gemäß § 6 Abs. 1 HOAI der Kostenberechnung, sondern gemäß § 6 Abs. 2 HOAI den einvernehmlich festgelegten Baukosten entnommen werden müssten.

Der BGH gibt dem Architekten Recht, er hält § 6 Abs. 2 HOAI für unwirksam. Nach § 6 Abs. 2 HOAI 2009, der dem § 6 Abs. 3 HOAI in der seit dem 17. Juli 2013 geltenden Fassung entspricht, können die Vertragsparteien, wenn zum Zeitpunkt der Beauftragung noch keine Planungen als Voraussetzung für eine Kostenschätzung oder Kostenberechnung vorliegen, schriftlich vereinbaren, dass das Honorar auf der Grundlage der anrechenbaren Kosten einer Baukostenvereinbarung nach den Vorschriften der HOAI berechnet wird. Die nachprüfbaren Baukosten sind dabei einvernehmlich festzulegen.

Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs verstößt der Ordnungsgeber mit der Regelung des § 6 Abs. 2 HOAI 2009 gegen die in der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage in Art. 10 §§ 1, 2 MRVG enthaltene Vorgabe, Mindest- und Höchstsätze für Architekten- und Ingenieurleistungen in der Honorarordnung verbindlich festzulegen. § 6 Abs. 2 HOAI 2009 gibt den Parteien die Möglichkeit, das Honorar auf der Grundlage einer einvernehmlichen Festlegung der Baukosten unterhalb der Mindestsätze oder oberhalb der Höchstsätze zu vereinbaren, ohne dass die Voraussetzungen vorliegen, unter denen eine Abweichung von diesen Sätzen zulässig ist. Die gesetzliche Regelung hat den Zweck, zum Schutz des Berufsstandes der Architekten und Ingenieure eine Schranke gegen eine Unterschreitung der Mindestsätze



zu schaffen. Die gesetzliche Ermächtigung lässt keine Regelung in der Honorarordnung zu, nach der das Honorar frei unterhalb der Mindestsätze vereinbart werden kann, obwohl kein Ausnahmefall vorliegt. Die Regelung des § 6 Abs. 2 HOAI 2009 kann dazu führen, dass Auftraggeber auf Architekten und Ingenieure einen unangemessenen Wettbewerbsdruck ausüben, indem sie ihre Vorstellungen von den Baukosten vorgeben und gleichzeitig erkennen lassen, dass sie, wenn diese Kosten nicht akzeptiert werden, mit einem anderen Architekten verhandeln werden. Wären Architekten und Ingenieure an diese Vereinbarung auch dann gebunden, wenn die sich aus § 6 Abs. 1 HOAI ergebenden Mindestsätze unterschritten wären, wäre das gesetzgeberische Ziel, Architekten und Ingenieure ein Mindesthonorar zu garantieren, solange kein Ausnahmefall vorliegt, verfehlt. Der in § 6 Abs. 2 HOAI geregelte Fall ist kein Ausnahmefall im Sinne der Ermächtigungsgrundlage, sondern eine Alternative zur in § 6 Abs. 1 HOAI vorgesehenen Berechnung des Honorars.

Die Unwirksamkeit von § 6 Abs. 2 HOAI hat nicht zur Folge, dass die Vertragsparteien gehindert sind, eine Honorarvereinbarung im Rahmen der Mindest- und Höchstsätze wirksam zu treffen, in der die anrechenbaren Kosten oder die ihnen zugrunde liegenden Faktoren im Vertrag festgelegt werden. Eine solche Vereinbarung ist wirksam, wenn sie nicht dazu führt, dass die Mindestsätze der HOAI unterschritten oder die Höchstsätze überschritten werden.

Nach dem ergangenen Urteil des BGH dürfte davon auszugehen sein, dass der gleichlautende § 6 Abs. 3 HOAI 2013 ebenfalls unwirksam ist.



## Eine Nebenkostenpauschale muss bei Auftragserteilung vereinbart werden

Ein Honorar für Nebenkosten in Form eines pauschalen Zuschlages von 5 % kann der Architekt nur verlangen, wenn dies bei Auftragserteilung schriftlich vereinbart worden ist, so das Kammergericht, Urteil vom 16.08.2012 – 27 U 169/11, und der BGH, Beschluss vom 17.09.2014 – VII ZR 240/12 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen).

Architekt und Auftraggeber streiten über Architektenhonorar. Ein schriftlicher Architektenvertrag wurde nicht abgeschlossen. Nachdem der Architekt bereits Leistungen aus der Leistungsphase 3 erbracht hatte, einigten sich die Parteien über eine Vergütung der Nebenkosten mit pauschal 5 %. Im Rechtsstreit verlangt der Architekt die Abrechnung der Nebenkosten mit pauschal 5 %.

Nach dem Urteil des Kammergerichtes kann der Architekt eine Vergütung für die Nebenkosten in Form eines pauschalen Zuschlages von 5 % nicht verlangen, da die pauschale Abrechnung nicht bei Auftragserteilung schriftlich vereinbart worden ist. Zu dem Zeitpunkt, als sich die Parteien über eine Nebenkostenpauschale geeinigt haben, waren die Grundlagenermittlung und die Vorplanung bereits abgeschlossen und auch die Entwurfsplanung bereits überwiegend fertiggestellt. Die Vereinbarung wurde daher nicht bei Auftragserteilung abgeschlossen, sondern zu einem späteren Zeitpunkt. Außerdem fehlte es an der Schriftform. Ein Anspruch auf Abrechnung der Nebenkosten mit pauschal 5 % besteht daher nach Auffassung des Kammergerichts nicht.



## Nur ausnahmsweise ist der Architekt an eine unwirksame Honorarvereinbarung gebunden

Der Architekt ist nur ausnahmsweise an eine die Mindestsätze der HOAI unterschreitende Honorarvereinbarung gebunden. Eine Abrechnung nach Mindestsätzen ist nur dann unzulässig, wenn sich der Architekt treuwidrig verhält, weil sich der Auftraggeber auf die Wirksamkeit in einer Weise eingerichtet hat, dass ihm die Zahlung des Differenzbetrages nicht zugemutet werden kann. Das Merkmal des Sich-Einrichtens auf eine mindestsatzunterschreitende Honorarvereinbarung ist noch nicht dadurch erfüllt, dass vorgetragen wird, die Kosten aus einem Zusatzhonorar könnten nicht weitergereicht werden, OLG Stuttgart, Urteil vom 21.10.2014 – 10 U 70/14.

Bei einer Umbaumaßnahme ergeben sich im Laufe der Planung und Durchführung höhere Kosten als zunächst angesetzt. Die Parteien schließen daraufhin eine pauschale Honorarvereinbarung, die die Mindestsätze der HOAI unterschreitet. Der Architekt macht das Mindestsatzhonorar geltend. Der Auftraggeber beruft sich darauf, dass der Architekt nach Treu und Glauben an die getroffene Pauschalvereinbarung und die danach erfolgte Schlussrechnung gebunden sei, insbesondere, weil die Nachforderung erst Jahre nach dem vollständigen Rechnungsausgleich erhoben worden sei. Außerdem könne er die Mehrvergütung des Architekten nicht mehr nachträglich an seine Kunden weiterreichen.

Das OLG Stuttgart hat dem Architekten recht gegeben. Nur ausnahmsweise sei der Architekt an eine unwirksame Honorarvereinbarung gebunden, wenn die weitere Geltendmachung von darüber hinausgehenden Honorarforderungen treuwidrig sei. Zwar verhält sich ein Architekt widersprüchlich, wenn er bei seiner Honorarabrechnung von einer ursprünglich mindestsatzunterschreitenden Vereinbarung abweicht. Er ist trotzdem berechtigt, nach Mindestsätzen abzurechnen, außer der Auftraggeber hat sich auf die Wirksamkeit in einer Weise eingerichtet, dass ihm die Zahlung des Differenzbetrages nicht zugemutet werden kann, und er hat auf die Wirksamkeit der Vereinbarung vertraut und durfte auch darauf vertrauen. Das Gericht äußert Zweifel, ob der Auftraggeber auf die Wirksamkeit der Honorar-



abrede vertrauen durfte. Da es sich um eine im Siedlungs- und Wohnungsbau unternehmerisch tätige Auftraggeberin handelt, darf die Kenntnis des Mindestpreiskarakters der HOAI erwartet werden. Wer um die Unzulässigkeit der Honorarunterschreitung weiß, ist in seinem Vertrauen auf die Wirksamkeit einer die Mindestsätze nicht erreichenden Honorarabrede in der Regel nicht schützenswert. Jedenfalls reicht der Vortrag des Auftraggebers, die Kosten nicht weiterreichen zu können, nicht aus, um das Merkmal des Sich-Einrichtens auf die Honorarvereinbarung substantiiert (ausreichend) darzulegen.



## § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B ist auf Nullpositionen entsprechend anwendbar

Gelangen einzelne Positionen eines Einheitspreisvertrages nicht zur Ausführung, ohne dass dies auf einer Kündigung, einem Verzicht oder einer Anordnung des Auftraggebers beruht, hat der Auftragnehmer einen Anspruch auf Vergütung in Höhe der Beiträge, die er zur Deckung seiner unabhängig von der Leistungserbringung anfallenden Gemeinkosten sowie seines Gewinns in die Einheitspreise für die entfallenen Leistungen einkalkuliert hat. Dabei ist ein etwa durch Nachträge entstandener Ausgleich zu berücksichtigen, OLG Hamm, Urteil vom 19.06.2012 – 21 U 85/11; BGH, Beschluss vom 26.06.2014 – VII ZR 232/12 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen).

Der Auftragnehmer war mit der Erbringung von Trockenbauarbeiten beauftragt. Einzelne Leistungspositionen des Vertrages wurden nicht ausgeführt. Der Auftragnehmer macht für diese Positionen eine Vergütung von 130.000,00 Euro auf der Grundlage einer baubetrieblichen Erläuterung seines Ingenieurbüros geltend. Der Auftraggeber verweigert die Zahlung mit der Begründung, die (vermeintlichen) Nullpositionen seien durch anderweitige Nachtrags- und Mehrvergütungsansprüche kompensiert worden.

Das Oberlandesgericht Hamm verneint den geltend gemachten Vergütungsanspruch des Auftragnehmers. Zwar ist vorliegend § 2 Abs. 3 Nr. 3 VOB/B anzuwenden, da einzelne Leistungspositionen entfallen sind, ohne dass dies auf einer Kündigung, einem Verzicht oder einer Anordnung des Auftraggebers beruht. Die durch die Mengenminderung bedingte Äquivalenzstörung betrifft im Wesentlichen die mögliche Unterdeckung der Baustelleneinrichtungs- und Baustellengemeinkosten und der allgemeinen Geschäftskosten. Deshalb stellt § 2 Abs. 3 Nr. 3 Satz 2 VOB/B klar, dass die Erhöhung des Einheitspreises im Wesentlichen dem Mehrbetrag entsprechen soll, der sich durch die Verteilung der Baustelleneinrichtungs- und Baustellengemeinkosten sowie der allgemeinen Geschäftskosten auf die verringerte Menge ergibt. Sofern der Auftragnehmer jedoch durch Mengenmehrungen bei





anderen Leistungspositionen oder in anderer Weise einen Ausgleich erhält, findet eine Anpassung des Einheitspreises nicht statt, denn es fehlt an einer ausgleichspflichtigen Äquivalenzstörung. Im vorliegenden Fall hat der Auftragnehmer die Höhe der für die Nullpositionen noch zu zahlenden Vergütung nicht schlüssig dargelegt und den etwa durch die diversen Nachträge entstandenen Ausgleich nicht berücksichtigt.



## Wann kann der Auftragnehmer bei einem Streit über Nachträge die Leistung verweigern?

Grundsätzlich berechtigen Streitigkeiten über Nachtragsforderungen den Auftragnehmer nicht dazu, die weiteren Leistungen zu verweigern. Nur ausnahmsweise steht ihm nach Treu und Glauben ein Leistungsverweigerungsrecht zu, wenn entweder die Leistungsaufnahme oder die Leistungsfortführung bei objektiver Betrachtung und unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls für ihn unzumutbar ist. Unzumutbar ist die Leistungsfortführung für den Auftragnehmer dann, wenn der Auftraggeber endgültig nicht dazu bereit ist, eine zusätzliche Leistung zu vergüten, und die neue Vergütung von der ursprünglich vereinbarten Vergütung nicht nur unerheblich abweicht, OLG Koblenz, Urteil vom 06.11.2014 – 6 O 245/14.

Der Auftragnehmer wurde von einem öffentlichen Auftraggeber mit Dachdeckerarbeiten für ein Bestandsgebäude beauftragt. Nach Beginn der Arbeiten stellt der Auftragnehmer ein sogenanntes Kiespressdach fest, dessen Entsorgung zu erheblichen Mehrkosten führt. Den Mehrvergütungsanspruch des Auftragnehmers lehnt der Auftraggeber ab und setzt dem Auftragnehmer eine Frist zur Arbeitsfortführung mit Kündigungsandrohung. Der Auftragnehmer verweigert die Fortsetzung der Arbeiten. Er verlangt von dem Auftraggeber die Beauftragung von Nachtragsleistungen. Daraufhin kündigt der Auftraggeber und verlangt Mehrkosten für die Restfertigstellung.

Das Oberlandesgericht Koblenz hält den Anspruch für unbegründet. Es geht davon aus, dass sich der Auftragnehmer berechtigterweise auf sein Leistungsverweigerungsrecht berufen hat und daher mit seiner Leistung nicht in Verzug geraten ist. Zwar berechtigen Streitigkeiten über Nachtragsforderungen den Auftragnehmer grundsätzlich nicht zur Arbeitseinstellung. Ausnahmsweise steht dem Auftragnehmer aber ein Leistungsverweigerungsrecht zu, wenn der Auftraggeber die Nachtragsforderung bereits dem Grunde nach endgültig abgelehnt hat. Das ist im vorliegenden Fall zu bejahen, da der Auftraggeber endgültig nicht bereit war, die geschuldete zusätzliche Leistung zu vergüten und die neue Vergütung von der ursprünglich vereinbarten Vergütung nicht nur unerheblich abweicht. Der Auftragnehmer hat sich daher zu Recht auf ein ihm zustehendes Leistungsverweigerungsrecht berufen.



### Mit einer „Pauschalierungsvereinbarung“ sind sämtliche Nachträge abgegolten

Wird im Rahmen einer „Pauschalierungsvereinbarung“ die Gesamtleistung „Erdarbeiten, Aushub und Verbau inklusive Wasserhaltung (Baugrube mit Deckel) einschließlich sämtlicher Zusatzleistungen“ pauschaliert und die ursprünglich vereinbarte Einheitspreisvergütung von 8.493.450,70 EUR auf 8.880.000,00 EUR erhöht, ist dies als Abgeltung sämtlicher bei diesen Gewerken erkennbarer Nachträge anzusehen, OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.10.2014 – 5 U 120/13.

Die Auftragnehmerin klagt einen Mehraufwand von 137.000,00 Euro als Vergütung für den Nachtrag „Temporärstützen“ ein. Sie wurde aufgrund eines vom Auftraggeber erstellten Leistungsverzeichnisses mit der Erstellung einer Baugrube und den damit verbundenen Erd-, Aushub- und Verbauarbeiten für einen Erweiterungsbau beauftragt. Die Bewehrungspläne lagen zum Zeitpunkt der Beauftragung noch nicht vor. Hinsichtlich der Vergütung für die Gesamtleistung sollte eine Pauschalierung spätestens vier Wochen nach Vorlage der Bewehrungspläne erfolgen. Nach Vertragsschluss übergab der Tragwerksplaner des Auftraggebers die Bewehrungspläne mit genauen Positionen der Temporärstützen zur vertikalen Lastabtragung des Deckels, die von der Entwurfsplanung abwichen. Nach Eingang der Angaben des Tragwerksplaners übermittelte die Auftragnehmerin dem Auftraggeber ein Pauschalierungsangebot mit dem die ursprüngliche Angebotssumme von 8,5 Millionen Euro auf 8,8 Millionen Euro erhöht werden sollte. In dem Anschreiben hieß es, dass „alle bisherigen Aufwendungen für die Beseitigung von Hindernissen ...“ berücksichtigt wären und nur dann eine weitere Vereinbarung erforderlich würde, „falls wider Erwarten noch größere bauliche Anlagen oder Hindernisse angetroffen werden“. Die auf dieser Grundlage getroffene Pauschalierungsvereinbarung sollte die „Erdarbeiten, Aushub und Verbau inklusive Wasserhaltung (Baugrube mit Deckel) einschließlich sämtlicher Zusatzleistungen“ umfassen. Die Auftragnehmerin sieht in den Angaben des Tragwerksplaners zur Position der Temporärstützen eine Anordnung zu einer Leistungsänderung und verlangt eine Nachtragsvergütung.



Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat die Berufung zurückgewiesen und festgestellt, dass der Auftragnehmerin kein Anspruch auf Vergütung des Nachtrages „Temporärstützen“ zusteht. Die ursprünglich im Bauvertrag vom 19.06.2008 vereinbarte Nettovergütung von 8.493,450,70 Euro wurde aufgrund der Pauschalierungsvereinbarung auf 8.880.000,00 Euro erhöht. Dies ist als Abgeltung sämtlicher bei diesen Gewerken zu dem damaligen Zeitpunkt erkennbarer Nachträge anzusehen. Aufgrund der Formulierung des „Pauschal-Angebots“ durfte die Beklagte davon ausgehen, dass davon sämtliche zu dem Zeitpunkt bekannte Mengenänderungen und Nachträge erfasst worden sind, denn in dem Angebot der Klägerin ist ausgeführt, dass darin alle bisherigen Aufwendungen für die Beseitigung von Hindernissen enthalten sind. Zu diesen Hindernissen zählen auch der vom gewöhnlichen Bauablauf abweichende Geräteinsatz und das Verschieben von Ankeransatzpunkten. Zum Zeitpunkt der Abgabe des Angebots waren diese in dem späteren Nachtrag aufgeführten Mehraufwendungen bereits absehbar und damit auch kalkulierbar.



## Keine Vertragsstrafe wegen Überschreitung des Fertigstellungstermins bei verzögertem Baubeginn.

Hängt die Verbindlichkeit des Fertigstellungstermins vom Zeitpunkt des Baubeginns ab, werden Endtermin und Vertragsstrafe hinfällig, wenn mit der Ausführung aufgrund auftraggeberseits bedingter Verzögerungen nicht fristgerecht begonnen werden kann, OLG München, Beschluss vom 26.01.2012 – 9 U 2772/11 Bau; BGH, Beschluss vom 10.04.2014 – VII ZR 68/12 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen).

Der Auftragnehmer ist mit Rohbauarbeiten beauftragt. Im Vertrag wird ein vertragsstrafenbewehrter Fertigstellungstermin am 07.03.2008 vereinbart. Die Verbindlichkeit des Fertigstellungstermins hängt laut Verhandlungsprotokoll davon ab, dass der Baubeginn in der 40. KW 2007 liegt. Der vereinbarte Baubeginn verzögert sich um mehr als zwei Wochen, der Auftragnehmer zeigt die Verzögerung schriftlich an. Weil der Fertigstellungstermin nicht eingehalten wird, macht der Auftraggeber Ansprüche aus verwirkter Vertragsstrafe geltend.

Das Oberlandesgericht München hat die Berufung des Auftraggebers zurückgewiesen, da das Rechtsmittel offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat. Es geht davon aus, dass die Verbindlichkeit des Fertigstellungstermins „07.03.2008“ davon abhing, dass mit der Bautätigkeit bereits am 01.10.2007 begonnen werden konnte. Der Auftragnehmer konnte mit den beauftragten Bauleistungen jedoch erst ca. zwei Wochen später beginnen, weil er bis dahin in Folge von Räumungsarbeiten behindert gewesen ist. Der Auftragnehmer hat auch schriftlich angezeigt, dass der vereinbarte Fertigstellungstermin aufgrund des verzögerten Baubeginns nicht eingehalten werden kann. Der vertraglich vereinbarte Fertigstellungstermin ist durch die vom Auftraggeber bedingte Verzögerung hinfällig geworden, so dass es an einem vertragsstrafenbewehrten Fertigstellungstermin fehlt.



## Bau- und Architektenrecht aktuell

### Impressum

#### avocado rechtsanwälte

spichernstraße 75–77

50672 köln

t +49 [0]221.39071-0

f +49 [0]221.3907-129

koeln@avocado.de

www.avocado.de

www.brak.de

ust-id-nr. de 814 17 29 76

steuer nr. 13/225/62722

fa berlin-charlottenburg

avocado rechtsanwälte ist eine eingetragene dienstleistungsmarke der berger, figgen, gerhold, kaminski, voß rechtsanwälte part mbb.

die partnerschaft sowie deren partner sind im partnerschaftsregister des amtsgerichts berlin-charlottenburg unter pr 331 b eingetragen. salary partner, counsel, of counsel und associates sind nicht partner der partnerschaftsgesellschaft.

Verantwortlich für den Inhalt des Newsletters sind:

Markus Figgen   Saskia Barth