



Akquise oder vergütungspflichtige Leistung?

von Rechtsanwalt Peter Wenker*

Ein Architekt kann Honorar in der Regel nur dann erfolgreich abrechnen und vor Gericht durchsetzen, wenn er mit seinem Auftraggeber im Hinblick auf die Vergütung eine entsprechende Vereinbarung getroffen hat. Dies klingt banal, allerdings ist die Abgrenzung zwischen kostenloser Akquiseleistung und vergütungspflichtiger Architektenleistung nicht selten mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden. Die hierzu in jüngerer Vergangenheit ergangene Rechtsprechung ist vielfältig und uneinheitlich, so dass sie uns veranlasst hat, das Problembewusstsein zu dieser stetig wiederkehrenden Thematik sowohl auf Auftragnehmer- als auch auf Auftraggeberseite zu schärfen:

1. Maßgeblich sind die Regelungen des BGB!

Der Architektenvertrag kommt ausnahmslos nach den allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) zustande. Er setzt also ein rechtsgeschäftliches Angebot und dessen rechtzeitige, unveränderte Annahme voraus. Diesen Grundsatz wiederholt der Bundesgerichtshof seit den 1980er Jahren in steter Regelmäßigkeit, da in der Praxis vielfach fälschlicherweise behauptet wird, es sei ein Architektenvertrag „nach der HOAI“ zustande gekommen. Letzteres ist indes unzutreffend, da die HOAI eine „Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen“ darstellt. Sie trifft keine Aussagen zum Zustandekommen des Architektenvertrages, sondern beinhaltet ausschließlich Regelungen die Höhe von Vergütungsansprüchen betreffend. Die Höhe etwaiger Vergütungsansprüche ist allerdings naturgemäß erst dann zu thematisieren, wenn ein Honoraranspruch überhaupt dem Grunde nach besteht, d. h. also ein wirksamer Architektenvertrag mit einer Regelung zur Vergütung gemäß den Regeln des bürgerlichen Rechts geschlossen wurde.

Der Architektenvertrag unterliegt keinem Formzwang, d.h. er kann nicht nur schriftlich, sondern auch mündlich oder durch schlüssiges Handeln (konkludent) geschlossen werden. Aber nicht nur diese Formfreiheit erschwert den Nachweis eines Vertragsschlusses. Hinzu kommt - und dies ist eine branchentypische Besonderheit - dass die Architekten in Absprache mit „dem Vertragspartner von morgen“ häufig bereits umfangreiche Planungsleistungen in der Erwartung auf das Zustandekommen eines

Vertrages inklusive Vergütungsvereinbarung erbringen, sozusagen „als Weg zum Kunden“.

Damit stellt sich die - insbesondere für den Architekten existenzielle - Kernfrage, wann dessen Planungsleistungen die Schwelle der honorarfreien Akquisitionsbemühungen überschritten haben, so dass von einem konkludent geschlossenen Architektenvertrag gesprochen werden kann, auf dessen Grundlage sich Honoraransprüche stützen lassen.

2. Wann ist die Schwelle überschritten?

Wie in der Juristerei so häufig, gibt es auf die Frage, wann die Grenze von vergütungsfreier Akquiseleistung zu vergütungsfähigen Leistungen überschritten ist, keine eindeutige und/oder einfache Antwort, es hängt vielmehr von den Umständen des Einzelfalls ab. Insbesondere aus der Rechtsprechung lässt sich keine verlässliche, allgemeingültige Antwort herleiten, da es zu dieser Thematik viele, sich teilweise widersprechende Urteile gibt.

In einem Punkt sind sich die Gerichte jedoch einig: Ein Vertragsschluss und eine Vergütungsfähigkeit der Architektenleistungen kann nicht schon dann angenommen werden, wenn ein Architekt bereits teilweise oder auch vollständig Leistungen einer oder mehrerer in der HOAI geregelter Leistungsphasen erbracht hat. Allein das Tätigwerden des Architekten deutet also noch nicht auf den Abschluss eines Vertrages mit Vergütungspflicht hin. An dieser Stelle wird noch einmal deutlich, dass die eingangs erwähnte Formulierung („Vertrag nach HOAI geschlossen“) nicht nur juristisch falsch ist, sondern sich nicht einmal argumentativ zur Begründung eines Honoraranspruchs eignet.

Auch der Umfang der Planungsleistungen ist kein hinreichendes Indiz für den konkludenten Abschluss eines Vertrages mit Vergütungspflicht. Zwar hatte das OLG Karlsruhe im vergangenen Jahr versucht, für die Bestimmung des Vertragsschlusses allein auf die Leistungsphasen abzustellen. So solle die Grenze zwischen dem noch unentgeltlichen „Freundschaftsdienst“ und einem konkludenten Architektenvertragsschluss mit Vergütungspflicht „in der Erbringung der Vorplanung gemäß Leistungsphase 2 nach § 15 Abs. 2 HOAI“ verlaufen



(OLG Karlsruhe, Beschl. v. 17.02.2010 - 8 U 143/09 -). In Kenntnis anderweitiger Urteile können wir jedoch nicht empfehlen, allein aufgrund der Erbringung von Planungsleistungen, die die Leistungsphase 2 überschreiten, auf einen Vertragsschluss zu schließen. So hat beispielsweise das OLG Celle im Februar letzten Jahres die Tätigkeiten eines Architekten noch bis zur Leistungsphase 4 des § 15 HOAI a.F. (Genehmigungsplanung) der honorarfreien Akquisitions- bzw. Werbephase zugeordnet (vgl. OLG Celle, Urte. v. 17.02.2010 -14 U 138/09). Aus Sicht der Architekten mag dies Befremden hervorrufen. Schließlich genügt es den Bauherren gerade bei Großprojekten häufig nicht, Skizzen von Vergleichsobjekten für die Entscheidungsfindung zu erhalten. Vielmehr wird gewünscht, ein genehmigungsfähiges Bauvorhaben anhand detaillierter objektbezogener Zeichnungen und fotorealistischer Darstellungen präsentiert zu bekommen. Wird das Bauvorhaben - aus welchen Gründen auch immer - anschließend nicht verwirklicht, bekommt der Architekt seine Leistungen vielfach nicht vergütet und gegebenenfalls nicht einmal seine Aufwendungen erstattet.

Allerdings hat der Bundesgerichtshof auch entschieden, dass Architektenleistungen in aller Regel nur entgeltlich erbracht werden. Sofern der Bauherr bestimmte Architektenleistungen entgegennimmt, kann dies aus der maßgeblichen Sicht eines Dritten als Übernahme einer Vergütungspflicht zu werten sein (BGH, Beschl. v. 11.10.2007 -VII ZR 143/06-). Wann Leistungen im Einzelnen als „entgegengenommen“ gelten, bleibt allerdings einer Auslegung des einzelnen Sachverhaltes überlassen. Richtig ist insofern wohl, dass ein Architektenvertrag mit Vergütungspflicht nicht allein schon dadurch als geschlossen betrachtet werden kann, dass der Architekt von sich aus dem Bauherrn einen Entwurf unterbreitet.

Eine Vergütungspflicht wird jedoch dann anzunehmen sein, wenn der Bauherr die ihm überlassenen Architektenleistungen verwertet. In der Rechtsprechung kommt dem Kriterium der Verwertung der Leistungen ein bedeutsames Gewicht zu. Werden die Leistungen des Architekten vom Bauherrn etwa für eine **Finanzierungsanfrage** verwendet, spricht nach Ansicht des OLG Hamm (Urte. v. 23.04.2010 -19 U12/08-) sehr viel dafür, dem Verhalten des Bauherrn den Erklärungswert beizumessen, die Leistungen des Architekten vergüten zu wollen. Darüber hinaus kann auch die **Weiterleitung** der Architektenpläne an den Nachbarn mit der Absicht dessen Zustimmung zum Bauvorhaben einzuholen, als Verwertung betrachtet werden. Auch in der **Unterschrift** des Bauherrn unter Pläne, unter eine Bauvoranfrage bzw. ein Baugesuch kann im Einzelfall eine Verwertung der Leistung liegen. Insbesondere aber auch durch die Einreichung einer **Bauvoranfrage** oder gar eines Baugesuchs durch den Bauherrn werden die Planungsunterlagen des Architekten verwertet (OLG Stuttgart, Urte. v. 10.02.2005 -13 U 147/04-). In derselben Richtung hat

auch das OLG München im Juni 2006 mit der Argumentation entschieden, dass die Beauftragung mit der Erstellung einer Bauvoranfrage häufig die vergütungspflichtige Übertragung der Leistungsphasen 1 und 2 bedeute, weil ohne die entsprechenden Grundleistungen in aller Regel eine entsprechende Bauvoranfrage nicht gestellt werden könne (OLG München, Urte. v. 06.06.2006 -13 U 1630/06).

Wirklich verlässlich ist aber auch das Abstellen auf diese Art der Verwertung nicht, und zwar insbesondere dann nicht, wenn trotz Einreichung einer Bauvoranfrage die Parteien später noch einen schriftlichen Architektenvertrag nach Durchführung der Bauvoranfrage abschließen wollten und der Bauherr insoweit behauptet, die Leistungen sollten bis zu diesem Zeitpunkt kostenfrei sein (BGH, Urte. v. 05.06.1997 -VII ZR 124/96-).

Letztendlich ist und bleibt es also eine Frage des Einzelfalls, ob der Architekt einen Honoraranspruch hat oder nicht. Festgehalten werden kann allerdings, dass der *Verwertung* der Architektenleistung als Indiz für einen konkludenten Vertragsschluss mit Vergütungspflicht bei der Frage, ob ein Honoraranspruch gegeben ist oder nicht, ein besonderes Gewicht zukommt.

3. Dem Architekten obliegt die Beweislast

Zieht es den Architekten mit seiner Honorarrechnung vor Gericht, weil der Bauherr die Rechnung nicht freiwillig bezahlt, obliegt es nach den allgemeinen Beweislastregeln dem Architekten, das Zustandekommen eines Architektenvertrages mit Vergütungsvereinbarung zu beweisen. Gibt es - wie so häufig - keine klare, schriftliche Vereinbarung, hat der Architekt die „Umstände“ darzulegen und zu beweisen, nach denen seine Leistungen nur gegen Vergütung zu erwarten waren, so dass von einem beiderseitigen schuldrechtlichen Bindungswillen ausgegangen werden kann (vgl. BGH, Urte. v. 05.06.1997 -VII ZR 124/96-).

Wenn man jedoch berücksichtigt, dass im Streitfall dem Architekten die Beweislast für eine wirksame Vereinbarung der Vergütungspflicht seiner Leistungen obliegt und selbst Zeugenaussagen wie z.B.: „*Wir wurden damals konkret mit der Vorplanung und der Platzraumbedarfs-ermittlung beauftragt, [bei der es] auch schon um Details*“ gegangen ist, ein Gericht nicht unbedingt von einem Vertragsschluss überzeugen müssen (vgl. OLG Celle, Beschl. v. 07.03.2011 -14 U 7/11-), verbleibt in rechtlicher Hinsicht an die Architekten nur die Empfehlung, vor der Leistungserbringung klare schriftliche Vereinbarungen zu treffen, sofern das Risiko ausgeschlossen werden soll, letztendlich umfangreiche Leistungen erbracht zu haben, ohne hierfür eine Vergütung zu erhalten. Ob dies im Rahmen von Akquisitionstätigkeiten im Hinblick auf den



potentiellen „Kunden von morgen“ immer gewünscht ist, ist eine andere, eher geschäftspolitische Frage.

AGB-Aufrechnungsverbote in Werkverträgen unwirksam!

von Rechtsanwältin Dr. Tina Großkurth**, Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht

Der Bundesgerichtshof hatte über folgenden Sachverhalt zu entscheiden: Ein Architekt hat gegen den Bauherrn Klage auf Zahlung seines Architektenhonorars erhoben. In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Architektenvertrages war folgende Regelung zur Aufrechnung enthalten:

„Eine Aufrechnung gegen den Honoraranspruch ist nur mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung zulässig.“

Der Bauherr hat gleichwohl gegenüber dem Honoraranspruch des Architekten mit Schadensersatzansprüchen wegen fehlerhafter Planung und Bauüberwachung aufgerechnet, welche auf Schallschutzmängeln, Rissbildungen und Feuchtigkeit im Keller beruhten. Der Architekt hat unter Bezugnahme auf die oben zitierte Klausel im Architektenvertrag eingewandt, die Aufrechnung sei nicht zulässig, da die von dem Bauherrn erhobenen Forderungen weder unbestritten noch rechtskräftig festgestellt seien.

Der Bundesgerichtshof hat mit Urteil vom 7. April 2011 (VII ZR 209/07) festgestellt, dass es dem Architekten verwehrt ist, sich auf die streitgegenständliche Klausel zu berufen. Denn die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendete Klausel, wonach eine Aufrechnung gegen Honorar- bzw. Werklohnansprüche nur mit unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen zulässig ist, verstößt gegen § 307 BGB. Dies mit Rücksicht darauf, dass sie den Vertragspartner des die Allgemeinen Geschäftsbedingungen verwendenden Architekten oder aber auch des verwendenden Bauunternehmers entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt, weil der Auftraggeber durch das Verbot der Aufrechnung in einem Abrechnungsverhältnis eines Werkvertrages gezwungen würde, eine mangelhafte oder unfertige Leistung in vollem Umfang zu vergüten, obwohl ihm Gegenansprüche in Höhe der Mängelbeseitigungs- oder Fertigstellungskosten zustehen.

Damit ist die teilweise in der Instanzenrechtsprechung zum Beispiel durch das Oberlandgericht Hamm und das Oberlandesgericht Bamberg vertretene Auffassung, wonach die hier streitgegenständliche Klausel wirksam sei, obsolet geworden. Der vom Bundesgerichtshof entschie-

dene Fall betraf zwar eine Honorarforderung aus einem Architektenvertrag, sie gilt allerdings ebenso für die Verwendung einer entsprechenden Klausel in sonstigen (Bau-)Werkverträgen. Enthalten die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, welche der Auftragnehmer verwendet, derartige Klauseln und rechnet der Auftraggeber gleichwohl mit Gegenansprüchen auf, kann sich der Auftragnehmer nicht mehr mit Erfolg auf das Aufrechnungsverbot berufen. Dies gilt jedoch nicht, wenn der Auftraggeber selbst Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist.

Der Bundesgerichtshof hat allerdings in den Entscheidungsgründen hinsichtlich der Art der Forderungen, deren Aufrechnung durch die Klausel verboten wird, differenziert. Danach greift die Unwirksamkeit jedenfalls dann, wenn dem Auftraggeber die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen auf Erstattung der Kosten zur Beseitigung der Mängel des Architektenwerks oder der Fertigstellung der Mehrkosten verwehrt wird, mithin auch, wenn wie im vorliegenden Fall die Aufrechnung mit sämtlichen Gegenansprüchen ausgeschlossen ist. Dahinstehen lässt der Bundesgerichtshof bislang die Frage, ob der Ausschluss der Aufrechnung mit Ansprüchen, die nicht auf Fertigstellungsmehrkosten oder Mängelbeseitigungskosten des Architektenwerks/Bauwerks gerichtet sind, zulässig ist, so dass diesbezüglich bei der Vertragsgestaltung – noch – Gestaltungsspielraum besteht.

Hinweis

Unser Jusletter beruht auf einer sorgfältigen Recherche der Rechtslage. Deren allgemeine Darstellung kann die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles jedoch nicht berücksichtigen. Der Jusletter dient nur der Information und ist keine vertragliche Beratungsleistung. Er kann deshalb eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen.

Diesen und weitere Jusletter finden Sie auf unserer Website www.ahlers-vogel.de.



Kontakt

Ahlers & Vogel _ Bremen
Contrescarpe 21 _ 28203 Bremen
Telefon +49 (421) 33 34-0
Telefax +49 (421) 33 34-111
E-Mail: bremen@ahlers-vogel.de

Ahlers & Vogel _ Hamburg
Schaarsteinwegsbrücke 2 _ 20459 Hamburg
Telefon +49 (40) 37 85 88-0
Telefax +49 (40) 37 85 88-88
E-Mail hamburg@ahlers-vogel.de

Ahlers & Vogel _ Leer
Königstraße 32 _ 26789 Leer (Ostfriesland)
Telefon +49 (0491) 45 45 229-0
Telefax +49 (0491) 45 45 229-99
E-Mail leer@ahlers-vogel.de

Ahlers & Vogel _ Rostock
Gerhart-Hauptmann-Str. 24 _ 18055 Rostock
Telefon +49 (381) 491 39-0
Telefax +49 (381) 491 39-99
E-Mail: rostock@ahlers-vogel.de

* **Peter Wenker** studierte Rechtswissenschaften in Bremen. Nach mehrmonatiger Mitarbeit in einer international tätigen Anwaltsfirma in Rom unterstützte Herr Wenker unsere Sozietät bereits im Rahmen seines Referendariats. Er ist seit 2007 als Rechtsanwalt zugelassen und berät unsere Mandanten vor allem auf den Gebieten des privaten Bau- und Architektenrechts sowie in zivil- und handelsrechtlichen Fragen. Herr Wenker ist Mitglied im Deutschen Anwaltverein.

** **Dr. Tina Großkurth** studierte Rechtswissenschaften in Göttingen und Wolverhampton (GB) und ist seit 2001 als Rechtsanwältin tätig. Seit 2006 betreut Frau Dr. Großkurth unsere Mandanten als Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht in diesen Bereichen, in welchen sie promovierte. Seit 2009 ist sie Partnerin der Sozietät. Sie ist Mitglied der ARGE Baurecht im Deutschen Anwaltverein.