

## **Unterscheidung baugewerblicher und freier Architekt im Sinne der Berufsordnung und ihrer praktischen Auswirkungen**



<b>Inhalt:</b>	<b>Seite:</b>
I. Vorbemerkung/Historie	2
II. Die Regelungen in der Berufsordnung	2
1. Der freie Architekt	3
2. Der baugewerbliche Architekt	3
3. Kollisionsfälle der baugewerblichen Tätigkeit und der Architektentätigkeit	4
4. Verbot der baugewerblichen Betätigung für den freien Architekten	5
5. Abgrenzung im Sinne der Berufsordnung	6
III. Wie wird man baugewerblicher Architekt und welche Konsequenzen bedeutet dies?	6
IV. Schlussbemerkung	7
Anlage	8
Auszug eines Gutachtens zur Abgrenzung der freiberuflichen Tätigkeit eines Architekten von der Gewerblichen Tätigkeit	

## I. Vorbemerkung/ Historie

§ 2, (3) des Architektengesetzes Baden-Württemberg und dementsprechend auch die Berufsordnung der Architektenkammer Baden-Württemberg unterscheiden zwischen dem baugewerblichen Architekten und dem freien Architekten. Aufgrund vieler Anfragen von Mitgliedern ist aufgefallen, dass vielfach Unklarheit darüber besteht, was mit dieser Unterscheidung gemeint ist und was Grund für diese Unterscheidung ist. Im Rahmen dieses Merkblattes wird daher versucht, eine Antwort auf die am häufigsten gestellten Fragen zu geben.

Bis zum Jahre 1975 unterschied das Architektengesetz Baden Württemberg nicht zwischen dem baugewerblichen und dem freien Architekten. Somit war es Architekten generell untersagt, baugewerbliche Betätigungen zu erbringen. Wer diese dennoch erbrachte, konnte nicht in die Architektenliste eingetragen werden und besaß somit nicht die Berechtigung, Baugesuche im Sinne der LBO zu unterzeichnen.



Der Landesgesetzgeber änderte das Architektengesetz 1975 und fügte die Unterscheidung zwischen Architekten ein, die nur Architektenleistungen i.S.d. § 1 ArchG erbringen und solchen, die baugewerblich tätig sind. Dieser Änderung wurde von der Landesvertreterversammlung 1982 durch die Einführung der Unterscheidung freier und baugewerblicher Architekt in der Berufsordnung Rechnung getragen.

## II. Die Regelungen in der Berufsordnung

Die aktuelle Berufsordnung trägt daher den Grundsätzen der Sachwalterstellung und dem Schutz der Bauherren Rechnung.

Durch die Einführung des baugewerblichen Architekten kann als Diplom-Ingenieur in die Architektenliste eingetragen werden, wer die Eintragungsvoraussetzungen erfüllt, auch wenn er baugewerbliche Leistungen erbringt, und nicht als Sachwalter tätig ist. Der baugewerblich tätige Architekt ist durch die Mitgliedschaft in der Architektenkammer und der damit verbundenen Verleihung der Berufsbezeichnung "Architekt" bauvorlageberechtigt i.S.v. § 43 LBO. Zugleich ermöglicht die Berufsordnung den baugewerblichen Architekten auch, reine Architektenleistungen als Sachwalter für einen Bauherrn zu erbringen, verbindet dies aber mit bestimmte Aufklärungs- und Verhaltenspflichten.

Die Berufsordnung gliedert sich in vier Abschnitte.

Im ersten Abschnitt sind allgemeine Regelungen enthalten, die für **alle** in die Architektenliste eingetragene Mitglieder gelten, sofern sie im Rahmen ihrer Tätigkeit die Berufsbezeichnung Architekt verwenden dürfen. Hierzu gehören **u.a.**:

- das eingeschränkte Werbeverhalten (Abschnitt 1 Abs. 8 BerufsO),
- die Pflicht zur Fortbildung (Abschnitt 1 Abs. 2 BerufsO),
- die Informationspflicht gegenüber der Architektenkammer bzgl. berufspolitischen und persönlichen Daten (Abschnitt 1 Abs. 7 BerufsO),
- die Pflicht zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung (Abschnitt 1 Abs. 9 BerufsO).

Abschnitt 2 der Berufsordnung enthält Berufspflichten für den freien Architekten, der ausschließlich Berufsaufgaben nach § 1 ArchG wahrnimmt,

Abschnitt 3 schließlich die Berufsgrundsätze des baugewerblichen Architekten,

Abschnitt 4 der Berufsordnung regelt die besonderen Verpflichtungen der angestellten und beamteten Architekten.

## 1. Der freie Architekt (Abschnitt 2 der BerufsO)

Freie Architekten im Sinne der Berufsordnung üben im Baubereich Tätigkeiten nach § 1 Architektengesetz aus, also die gestaltende, technische und wirtschaftliche Planung sowie Lenkung und Überwachung von Bauwerken als Sachwalter des Bauherrn. Zur Wahrung der Sachwalterstellung und des Ansehens des Berufsbildes schreibt die Berufsordnung dem freien Architekten gewisse Pflichten vor. So dürfen sie keine Bindungen eingehen, die ihre berufliche Unabhängigkeit gefährden.

Weitere Pflichten, die zu beachten sind, sind u. a.:

- Zusammenschlüsse mit Angehörigen anderer Berufsgruppen sind zulässig. Die Berufsbezeichnung aller in diesem Zusammenschluss vertretenen Berufe sind kenntlich zu machen.
- Bei Zusammenschlüssen mit baugewerblich tätigen Architekten ist darauf zu achten, dass **weder ein räumlicher noch ein sachlicher Zusammenhang** zur baugewerblichen Betätigung des Partners besteht (Abschnitt 2 Abs. 4 BO).
- Als Sachwalter des Bauherrn dürfen sie nur dessen Interessen gegenüber den Bauhandwerkern vertreten. Die Entgegennahme von Provisionen oder Geschenken ist ihnen untersagt.
- Vertragliche Vergütungsvereinbarungen sind nur im Rahmen der HOAI treffen.
- Ohne Berufshaftpflichtversicherung dürfen sie nicht tätig werden (Pflicht der Berufshaftpflichtversicherung bzw. des Nachweises ausreichenden anderen Versicherungsschutzes Abschnitt 1 Abs. 9 BerufsO).



## 2. Der baugewerbliche Architekt (Abschnitt 3 der BerufsO)

Gem. Abschnitt 3 Abs. 1 der Berufsordnung ist baugewerblicher Architekt, wer eine baugewerbliche Betätigung als Bauträger, Projektentwickler, Baubetreuer, Bauunternehmer, Baustoffhändler oder -hersteller, Wohnungsunternehmer, Hersteller von raumbildendem Ausbau, von Freianlagen u. a. ausübt. Dabei erfolgt die Aufnahme der baugewerblichen Tätigkeit bereits durch Werbemaßnahmen wie Presseveröffentlichungen von beabsichtigten entsprechenden Tätigkeiten. Gleichzeitig kann der baugewerbliche Architekt aber gem. Abschnitt 3 Abs. 4 der BerufsO auch Architektenleistungen als Sachwalter des Bauherrn erbringen. Der baugewerbliche Architekt hat in der Praxis regelmäßig zwei wirtschaftliche Standbeine. Zum einen ist er (teilweise) Inhaber einer baugewerblichen Firma, zum anderen betreibt er ein Architekturbüro.

### a. Was muss der baugewerbliche Architekt bei seiner baugewerblichen Betätigung beachten?

Die baugewerbliche Tätigkeit ist bei allen (baugewerblichen) beruflichen Betätigungen deutlich und unmissverständlich erkennbar zu machen, z. B. durch den Zusatz "Architekt und Bauunternehmer", "Architekt und Bauträger", u. ä.. Diese Verpflichtung beschränkt sich auf seine baugewerbliche Tätigkeit, nicht auf seine freiberufliche Tätigkeit (vgl. b.). Da er in die Architektenliste der Architektenkammer eingetragen ist, ist er bauvorlageberechtigt i.S.v. § 43 LBO, da dies nicht von der Art der Eintragung abhängt.

Im Rahmen der baugewerblichen Tätigkeit gelten sonst keine weiteren Einschränkungen. Die Firma kann also:

- Bausummengarantien abgeben
- uneingeschränkt werben (Architekt und baugewerbliche Kennzeichnung)
- frei von den Verpflichtungen der Berufsordnung handeln, die in diesem Bereich keine Geltungskraft besitzt. So sind z.B. Zusammenschlüsse mit Handwerkern möglich (entgegen Abschnitt 2 Abs. 4 der BerufsO) etc.

**b. Was muss der baugewerbliche Architekt beachten, wenn er Architekten-tätigkeiten i.S.d. § 1 ArchG ausüben möchte, ohne zusätzlich baugewerblich tätig zu werden?**

Sofern der baugewerblich Tätige auch Architektenleistungen ausüben möchte, gelten für ihn die allgemeinen Berufsgrundsätze gem. Abschnitt 1 und die Berufsgrundsätze des Abschnitts 3 Abs. 4 der BerufsO. Da Abschnitt 3 Abs. 4 auf die in Abschnitt 2 enthaltenen Grundsätze des freien Architekten verweist, sind auch dessen Pflichten von ihm wieder zu beachten.

D.h. unter anderem:

- Er darf nur die Berufsbezeichnung "Architekt" ohne den Zusatz "freier" führen.
- Die allgemeinen Verpflichtungen (Abschnitt 1 der BerufsO), insbesondere die Werbebeschränkungen gem. Abschnitt 1 Abs. 8 der BerufsO gelten für die Architektentätigkeit/büro wieder.
- Bausummengarantien können im Rahmen der Architektentätigkeit, die von der Sachwalterstellung gegenüber dem Bauherrn geprägt ist, nicht abgegeben werden.
- Im Rahmen der Architektentätigkeit, sind berufliche Zusammenschlüsse mit den Angehörigen anderer Berufsgruppen möglich s.o. (vgl. Abschnitt 3 Abs. 4 i.V.m. Abschnitt 2 Abs. 4 BerufsO)
- Die HOAI ist zwingend zu beachten und einzuhalten.



**3. Kollisionsfälle der baugewerblichen Tätigkeit und der Architektentätigkeit**

Kollisionsfälle mit der Sachwalterstellung können entstehen, wenn der baugewerbliche Architekt für einen Bauherrn zugleich als Sachwalter und als Baugewerbetreibender tätig wird. Beispiel:

- Ein Architekt ist der Inhaber eines Baustoffhandels für Marmorplatten. Er wird nur mit Architektenleistungen gem. HOAI vom Bauherrn beauftragt. Im Rahmen seiner Sachwalterstellung müsste der Architekt den Bauherrn, der Marmorplatten in seinem Hause wünscht, objektiv über die besten und günstigsten Baustoffhändler im Marmorplattenbereich beraten und somit u.U. gegen seine eigenen wirtschaftlichen Interessen handeln. Da dies dem Architekten aber nicht zugemutet werden kann, ist er im Bereich der Marmorplattenauswahl von seiner Sachwalterstellung befreit. Er muss den Bauherrn über seine Inhaberschaft des Baustoffhandels aufklären.
- Ein Architekt und Zimmermannsunternehmer wird als Sachwalter für den Bauherrn tätig und erbringt Architektenleistungen gem. HOAI. Von seiner Sachwalterstellung ist er gegenüber dem Bauherrn bezüglich der Beratung über das beste und günstigste Zimmermannsunternehmen befreit.

**Beachte:**

**Die Befreiung von der Sachwalterstellung gilt nur bezüglich derjenigen Gewerke oder Leistungen, die der Architekt als Baugewerbetreibender im Sinne der BerufsO erbringt.**

#### 4. Warum war und ist den freien Architekten eine baugewerbliche Betätigung verboten?

Der freie Architekt war und ist grundsätzlich dazu verpflichtet, "Sachwalter" des Bauherrn zu sein. Er übt seinen Beruf nach den Grundsätzen der freien Berufe aus und muss seine Unabhängigkeit in der Berufsausübung wahren (Abschnitt 2 Abs. 2 Satz 2 der BerufsO). Im Rahmen seiner Sachwalterstellung hat der freie Architekt den Bauherrn, der sich regelmäßig nicht im Baubereich auskennt,

- unabhängig bei der Entwicklung eines Gebäudes zu beraten,
- ihm die für den Bau wirtschaftlich und fachlich geeignetsten Baufirmen zu empfehlen,
- auf die geeignetsten (und neuen) Produktstoffe hinzuweisen,
- eine tadellose Bauausführung zu überwachen und sicherzustellen,
- die Interessen des Bauherrn gegenüber den Handwerkern zu vertreten.

Der freie Architekt ist **nicht** Mittler zwischen Bauherrn und Handwerkern.



All dies kann der Architekt natürlich nur gewährleisten, wenn er **Sachwalter, also frei und unabhängig**, ist. Abgesichert wird diese Unabhängigkeit durch die Gebührentatbestände der HOAI, die eine angemessene Vergütung des Architekten sicherstellen soll und ihn gerade nicht wie Bauunternehmer oder Gewerbetreibende dazu zwingt, in einen Preiswettbewerb mit anderen zu treten. Das Architektenwerk soll nämlich gerade nicht nach dem Preis, sondern nach der Leistung bewertet werden.

Die freie und unabhängige Sachwalterstellung des Architekten wird aber dann tangiert, wenn er die Lager wechselt und selbst zum baugewerblichen Anbieter wird, bspw. wenn er Bauprodukte verkauft oder vertreibt, schlüsselfertiges Bauen anbietet, gewerbsmäßig tätiger Baubetreuer wird, etc. (vgl. Abschnitt 3 Abs. 1 der BerufsO). In diesem Fall ist der Architekt nicht mehr frei und unabhängig, da er u.U.

- an der bestimmten Vermarktung eines Produktes interessiert sein wird, weil er dieses vertreibt,
- u.U. nicht mehr an einer optimalen Bauausführung im Interesse des Bauherrn interessiert ist, weil er im Rahmen des schlüsselfertigen Bauens regelmäßig Bausummengarantien abgibt, bei denen sein Gewinn fest kalkuliert ist.,

*Das **Landesberufsgericht** führt hierzu im Urteil von 08.03.1988 aus:*

*"Eine solche besondere Stellung, die das Vertrauen als Sachwalter rechtfertigt, kommt daher demjenigen, der ein Bauwerk auf eigene Rechnung errichtet, nicht zu. Zwar wird auch er alles daransetzen, eine gute Leistung zu erbringen. Es soll keinem Baugewerbetreibenden unterstellt werden, dass er nicht sein Bestes geben will. Er verdient aber im Gegensatz zum freien Architekten daran, wenn er das Bauwerk "billig" herstellt, Mängel vertuscht usw. Vor allem in Krisensituationen besteht die Gefahr, dass er durch "Einsparungen" seinen Gewinn zu vermehren oder seinen Verlust zu vermindern versucht. Deshalb kann ihm keine Sachwalterstellung zukommen. Vielmehr ist er echter "Vertragspartner", der nach Gewinn strebt, dem gegenüber deshalb kritische Wachsamkeit angebracht ist. Gerade um ihn zu überwachen, bedarf es des "freien Architekten"*

- daran interessiert ist eine bestimmte Baufirma zu beauftragen, weil er bei deren Beauftragung mit am Gewinn beteiligt ist,
- nicht mehr nur die Interessen des Bauherrn vertritt, sondern auch zugleich Interessen der Handwerker, da diese auch seine Interessen geworden sind.

Der Architekt ist in der Öffentlichkeit als Sachwalter des Bauherrn bekannt. In der Berufsordnung musste eine Regelung gefunden werden, die einer Verfälschung des Berufsbildes entgegenwirkt und es den Bauherren zu ihrem Schutz ermöglicht, die verschiedenen beruflichen Betätigungen zu erkennen und hierüber Aufklärung zu erlangen.

## 5. Ab wann ist ein Architekt kein "freier Architekt" im Sinne der Berufsordnung mehr und muss sich zum baugewerblichen Architekten umtragen lassen?

Gründet ein Architekt eine Ein-Mann-Bauträger-Gesellschaft, ist dies eigentlich der eindeutigste Fall. Der freie Architekt muss sich zum baugewerblichen Architekten umtragen lassen, sofern er nicht gegen Berufsrecht verstoßen möchte.

Vielfach möchten "freie Architekten" aber nicht ihren Status verlieren und beteiligen sich daher lediglich prozentual an einer Baugesellschaft.

Wieder andere lassen ihre berufsfremden Ehepartner die Baugesellschaft gründen. Dadurch wird das Verbot der baugewerblichen Betätigung in nicht zulässiger Weise umgangen.

Das Berufsgericht stellt nämlich in ständiger Rechtsprechung nicht auf die prozentuale Beteiligung oder auf die formale juristische Eigentümerstellung ab. Das Landesberufsgericht führte in einer Entscheidung aus dem Jahre 1997 (AZ 4/97) dazu aus:

*"Der Betroffene hat sich mittels der beiden Baugesellschaften baugewerblich betätigt, auch wenn er persönlich nicht Gesellschafter der Firmen ist. Ein Architekt wird baugewerblich tätig, wenn er allein oder mit anderen zusammen ein Baugewerbe betreibt. Dabei kommt es nicht darauf an, in welcher rechtlichen Form dies geschieht. Deshalb ist es unerheblich, ob der freie Architekt selbst Inhaber, Gesellschafter, Geschäftsführer oder ähnliches des Bauunternehmens ist. **Entscheidend ist, ob er der "geistige Kopf", "der Chef" des Unternehmens ist (L BG DAB 1991, BW 142), ob er die Gesellschaft tatsächlich beherrscht oder zumindest mitbeherrscht und Wohl und Wehe des Unternehmens maßgebend von ihm abhängt."***



## III. Wie wird man baugewerblicher Architekt und welche Konsequenzen bedeutet dies?

### 1. Wie wird man baugewerblicher Architekt?

Um als baugewerblicher Architekt eingetragen werden zu können, muss man einen Antrag beim Eintragungsausschuss der Architektenkammer schriftlich einreichen. Für eine Neueintragung gelten die Regelungen des § 4 des Architektengesetzes in Verbindung mit der Eintragsverordnung. Die erforderlichen Antragsunterlagen können bei der Landesgeschäftsstelle, Geschäftsbereich Recht und Wettbewerb, Telefax 07 11/21 96-121, Telefon 07 11/21 96-135, E-Mail: [Eintragung@akbw.de](mailto:Eintragung@akbw.de), angefordert werden.

Sofern man bereits unter einer anderen Tätigkeitsart eingetragen ist, ist eine Umtragung jeweils zum 1. eines Monats möglich. Dabei muss der Antrag auf Umtragung **vor** der Aufnahme der baugewerblichen Tätigkeit erfolgen. Für die Umtragung aus einer Berufsgruppe in eine andere Berufsgruppe wird eine Gebühr von i.d.R. 50,- EUR (Euro 50,- bis Euro 90,- nach der Gebührenordnung) fällig. Zugleich ist der alte Architektenausweis bzw. die Architektenurkunde im Original zurückzugeben.

Erforderlich ist es zudem, einen Nachweis über die baugewerbliche Betätigung vorzulegen, wobei eine Gewerbeanzeige oder ein Handelsregisterauszug mit einer Gesellschafterliste genügen.

Der Architektenkammer-Jahresbeitrag ist für den baugewerblich Eingetragenen genauso hoch, wie für den freien Architekten. Auch die Teilnahme am Versorgungswerk bleibt unverändert bestehen.

## 2. Welche Konsequenzen zieht eine Umtragung nach sich?

Berufsrechtlich hat der baugewerbliche Architekt die in Abschnitt 3 aufgeführten Pflichten (vgl. oben II 2 a) zu beachten. Werden Architektenwettbewerbe öffentlicher Auftraggeber nur für "freie Architekten" ausgeschrieben, so besteht keine Teilnahmeberechtigung.

Die baugewerbliche Tätigkeit ist nicht mehr der freiberuflichen Tätigkeit im steuerrechtlichen Sinne zuzuordnen.

Die Finanzämter trennen üblicherweise die freiberufliche Architektentätigkeit i.S. oben II 2 b von der reinen baugewerblichen Tätigkeit; nur letztere unterliegt der Gewerbesteuerpflicht. Zur steuerrechtlichen Behandlung sollte aber unbedingt ein Steuerberater befragt werden.



## IV. Schlussbemerkung

Die Unterscheidung zwischen freien Architekten und Architekten, die baugewerblich tätig sind, ist im Architektengesetz verankert. Die berufsrechtliche Unterscheidung ist vom Bundesverfassungsgericht bereits bestätigt worden.

Sofern daher Forderungen laut werden, auch den "freien Architekten" eine bestimmte Zahl von baugewerblichen Betätigungen zu erlauben, ohne seinen Status ändern zu müssen, ist hierfür eine Änderung des Architektengesetzes notwendig. Dies kann nur durch den Landesgesetzgeber geschehen.

Die Konsequenzen, die sich aus einer Eintragung als baugewerblicher Architekt ergeben, tragen einem veränderten Status Rechnung. Die Berufsordnung bietet hier eine weitere Möglichkeit, auf veränderte wirtschaftliche Situationen zu reagieren und den Preiswettbewerb mit den Bauträgern aufzunehmen.

#### **"D. Berufsfremde Leistungen des Architekten**

Berufsfremde Leistungen sind Tätigkeiten des Architekten, die nicht dem Berufsbild entsprechen.

Beispiele:

Veräußerung schlüsselfertiger Häuser durch Architekt (BFH BStBl. 1972 II, 291)

Vermittlung von Möbelkäufen durch Innenarchitekt (BFH BStBl. 1985 II, 15)

Suche nach Mietern bzw. deren Vermittlung

Eine Person kann durchaus eine gewerbliche und eine freiberufliche Tätigkeit nebeneinander ausüben. Das ist steuerlich solange nicht problematisch, wie zwischen den beiden Tätigkeiten kein Zusammenhang besteht.

Beispiel:

Ein Architekt ist aufgrund Erbgangs Kommanditist einer pharmazeutischen Fabrik geworden.



Besteht zwischen der gewerblichen und der freiberuflichen Tätigkeit ein sachlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang, so liegt eine gemischte Tätigkeit vor. Zunächst ist zu prüfen, ob die Aktivitäten sich trennen lassen oder ob sie so stark miteinander verflochten sind, dass sie als Einheit anzusehen sind. Eine Trennung wird dadurch erleichtert, dass der Steuerpflichtige die unterschiedlichen Aktivitäten über gesonderte Briefbogen und über unterschiedliche Bankkonten abwickelt und er die Einkünfte für steuerliche Zwecke getrennt ermittelt.

Ist die Trennung nicht möglich, muss vielmehr die gesamte Betätigung einheitlich beurteilt werden, so ist zu prüfen, welche der beiden Tätigkeiten der Gesamttätigkeit das Gepräge verleiht. Generell besteht bei den Finanzbehörden die Tendenz, die gewerbliche Prägung zu unterstellen, was mit den bekannten steuerlichen Nachteilen verbunden ist. Es liegt deshalb im Interesse des Steuerpflichtigen, von sich aus von vornherein die Trennung durchzuführen. Die Trennung kann auch in der Weise durchgeführt werden, dass bestimmte, als gewerblich geltende Tätigkeiten von einer dem Architekten gehörenden Kapitalgesellschaft übernommen werden.

Bei Architekten, die in einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder einer Partnerschaftsgesellschaft mit anderen Architekten zusammenwirken, ist die Trennung durch bloße Benutzung gesonderter Briefbögen und unterschiedlicher Konten sowie durch getrennte Gewinnermittlung nicht möglich. Vielmehr kann eine Trennung nur in der Weise herbeigeführt werden, daß eine zweite, ggf. personengleiche Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder Partnerschaftsgesellschaft gebildet wird, in der die gewerblichen Tätigkeiten ausgeübt werden (vgl. BFH BStBl. 1997 II, 567, 569). Ferner besteht natürlich auch bei Architektengesellschaften die Möglichkeit, die steuerlich schädlichen Tätigkeiten in eine GmbH oder GmbH & Co. KG zu überführen.

#### **E. Prüfungsverhalten der Finanzämter**

Bei einer hohen Zahl von Mitarbeitern greifen die Finanzämter schon heute die Frage der Gewerblichkeit auf. Werden Architekten als Generalplaner tätig, ist die Eigenverantwortlichkeit ebenfalls fraglich; auch wenn die Finanzämter derzeit diese Sachverhalte noch nicht in größerem Maße aufzugreifen scheinen, ist doch geboten, Vorkehrungen zu treffen. Berufsfremde Leistungen sind immer steuerschädlich und werden seit jeher gewerbsteuerlich erfasst; durch geeignete Gestaltungen ist Abhilfe möglich."