

Abgrenzung zwischen Akquisition und honorarpflichtiger Tätigkeit

**(Auszug aus „Die HOAI in der Praxis“, Morlock/Meurer, 7. Auflage; Werner Verlag)
Verfasser: RA A. Morlock**

Telefon (07 11) 21 96-0
Telefax (07 11) 21 06-103
info@akbw.de
www.akbw.de



Inhalt:	Seite:
Einführung	2
1. Vergütungsfreie Tätigkeit	2
2. Vermutung der entgeltlichen Tätigkeit der Architekten	4
3. Vergütungspflicht unter einer Bedingung	5
4. Der unverbindliche Auftrag	6
5. Höhe des Vergütungsanspruchs	6
6. Aufklärungspflicht über das Honorar	7
7. Empfehlung	8

Einführung:

Voraussetzung für den Vergütungsanspruch des Architekten ist, dass er den Abschluss eines Architektenvertrages nachweist. Darauf, ob Architektenleistungen üblicherweise nur gegen Entgelt erbracht werden, kommt es nicht an. Entscheidend ist allein, ob auf das Zustandekommen eines Architektenvertrages gerichtete übereinstimmende Willenserklärungen mit entsprechendem Bindungswillen festzustellen sind. Aus der Entgegennahme von Architektenleistungen allein kann noch nicht auf den Willen, ein Angebot abzuschließen, geschlossen werden.¹ Der Architektenvertrag selbst bedarf keiner besonderen Form. Er kann mündlich, schriftlich oder durch schlüssiges (sog. konkludentes) Verhalten abgeschlossen werden. In der Praxis problematisch sind deshalb Fallgestaltungen, bei denen es nicht zu einem schriftlichen Vertrag gekommen ist, die Vertragsbeziehungen der Parteien in einem früheren Stadium abgebrochen wurden, der Architekt Leistungen erbracht hat und jetzt dem Einwand des Auftraggebers ausgesetzt ist, die Tätigkeit des Architekten sei im honorarfreien Akquisitionsbereich erfolgt.



1. Vergütungsfreie Tätigkeit

Zu unterscheiden ist zwischen der vertragslosen – und damit honorarfreien – Tätigkeit des Architekten und seiner vertraglichen – und demnach vergütungspflichtigen – Tätigkeit. Dabei kommt es darauf an, ob ein Vertrag zu Stande gekommen ist, welchen Umfang dieser hat und wo die Nahtstelle von der unentgeltlichen zur vergütungspflichtigen Tätigkeit liegt.² Die Grenze, an der eine Akquisitionstätigkeit endet und damit die honorarauslösende Tätigkeit beginnt, ist fließend. Die Gerichte stellen dabei jeweils auf die Umstände des Einzelfalles ab. Dabei ist oft entscheidend, ob der Architekt von sich aus tätig geworden ist und ob aus den Gesamtumständen und dem Verhalten des Bauherrn auf einen vertraglichen Bindungswillen geschlossen werden kann. Diese sind häufig schwer zu bestimmen, weil Architekten im Regelfall nur bereit sind, für eine gewisse Zeit unentgeltliche Vorleistungen – im vertragslosen Zustand – zu erbringen.

Lässt der Architekt sich hierauf ein, läuft er Gefahr, »umsonst« zu arbeiten. Den **je größer** der zu erwartende Auftrag ist, desto größer wird bei den Architekten ein **Akquisitionsinteresse vermutet** und so umfangreicher sind dabei unentgeltliche Vorarbeiten, weil diese mit dem Ziel erbracht werden, den Vertragsabschluss zu fördern. So hat das OLG Köln³ noch eine honorarfreie gewerbliche Tätigkeit eines Ingenieurs angenommen, der 131 Stunden aufgewendet hat für die Inaussichtstellung eines Vertrages mit einem Honorar von 91.000 Euro.

Die Akquisitionstätigkeit eines Architekten kann auch umfangreicher sein, wenn er gegen einen oder mehrere Mitbewerber anzukämpfen hat; sie kann auch von der konjunkturellen Lage abhängen: In einer Bauflaute wird ein Architekt eher als in Zeiten einer Hochkonjunktur bereit sein, umfangreiche Architektenleistungen aus Werbegründen zu erbringen.

¹ OLG Celle, IBR 2006, 399

² Vgl. auch Morlock in von Bentheim/Meurer, Honorarhandbuch für Architekten und Ingenieure, S.162

³ Urteil vom 23. Mai 1997, NJW-RR 1998, 309

Wird der Architekt **»von sich aus«** tätig, so spricht eine Vermutung für bloße Akquisitionstätigkeit. Hierin liegt ein Angebot auf Abschluss eines Architektenvertrages, das der Bauherr aber stillschweigend annimmt, wenn er die Architektenleistung **entgegennimmt und verwertet**.

- Ein Architektenvertrag kommt auch nicht bereits dadurch zu Stande, dass ein Architekt von sich aus einem Bauherrn einen Entwurf unterbreitet und dieser Entwurf dann auf Wunsch des Architekten im Hinblick auf seine Realisierung mit dem Bauherrn besprochen wird.⁴
- Auch aus der Entgegennahme von Architektenleistungen, die per Fax übermittelt werden, kann nicht allein auf den Willen des Empfängers geschlossen werden, ein entsprechendes Angebot anzunehmen. Erforderlich sind vielmehr weitere Umstände.⁵
- Auch aus der bloßen Tatsache, dass Planungsleistungen erbracht wurden, kann der Architekt keine Honoraransprüche herleiten.⁶
- Fertigt der Architekt auf Wunsch des Bauherrn sukzessive drei umfangreiche Entwurfspläne, in die mehrfache Änderungswünsche des Bauherrn einfließen, und begleitet er den Bauherrn zu einer Besprechung mit der Bauverwaltung, um die behördliche Ansicht zur baurechtlicher Machbarkeit zu erfahren, folgt daraus der rechtsgeschäftliche Wille des Bauherrn, die vom Architekten erbrachten Leistungen als vertraglich geschuldete Leistungen – und nicht als Akquisitionsleistung – entgegenzunehmen.⁷



Die Grenze zwischen Auftrag und Akquisition wird von jedem einzelnen Gericht unterschiedlich gesetzt.

So hat das OLG Braunschweig⁸ noch keinen Vertragsabschluss gesehen, wenn ein Architekt auf Grund einer mündlichen Absprache Planungsleistungen erbringt, mehrere Alternativen zu Grundriss und Ansichten vorlegt und eine Kostenschätzung erstellt, wenn der Bauherr sich dann für die Durchführung der Bauleistungen durch einen anderen Architekten entscheidet.

- Dagegen bewegt sich nach Auffassung des Saarländischen OLG⁹ die Tätigkeit des Architekten nicht mehr im rein akquisitorischen Bereich, wenn sich der Bauherr die Planungsleistungen im Rahmen einer Bauvoranfrage nutzbar macht.
- Nach OLG Frankfurt¹⁰ kommt es maßgeblich darauf an, welchen Veranlassungsbeitrag der mögliche Auftraggeber hierzu geleistet hat und von wem die Initiative hierzu ausging.
- Nach Auffassung des OLG Düsseldorf kann auch Entwurfsplanung noch Akquisition sein, wenn der Architekt die Auftragserteilung nicht beweisen kann.¹¹

Die Schwelle für die Annahme eines vergütungspflichtigen Auftrags kann bei Verwandtschaft, Freundschaft oder bei einer Vereinsmitgliedschaft höher sein.¹²

⁴ OLG Oldenburg, BauR 1988, 620

⁵ BGH, Urteil vom 24. Juni 1999, BauR 1999, 1319

⁶ OLG Düsseldorf, IBR 2008, 31

⁷ OLG Düsseldorf, IBR 2008, 334

⁸ Urteil vom 28. Juli 1994, IBR 1994, 467

⁹ Urteil vom 10. Februar 1999, BauR 2000, 753

¹⁰ Urteil vom 13. Februar 1998, IBR 1998, 394 (Morlock)

¹¹ OLG Düsseldorf, IBR 2003, 309

¹² L/K/F, Einl. 60; OLG Celle, IBR 2003, 201

2. Vermutung der entgeltlichen Tätigkeit der Architekten

Der BGH geht nach einer älteren Entscheidung¹³ vom Grundsatz der Vergütungspflicht der Architektenleistungen aus, es sei denn, die Umstände des Einzelfalles sprechen der Regel entgegen. Wer nämlich den Dienst eines Architekten in Anspruch nimmt, schließt regelmäßig – zumindest stillschweigend – einen Architektenvertrag ab und muss demgemäß mit der Verpflichtung zur Zahlung einer Vergütung rechnen. *»Zwar komme es immer wieder vor, dass Architekten zunächst ›auf eigenes Risiko‹ arbeiten und eine Vergütung für erbrachte Leistungen nur beim Eintritt bestimmter Voraussetzungen erhalten sollen. Damit werde aber noch nicht der Erfahrungssatz aufgehoben, wonach Architekten üblicherweise entgeltlich tätig werden.«*

Dies gelte umso mehr, wenn die verlangte Leistung **mit einem Arbeitsaufwand oder Kosten** verbunden ist, da diese Leistung i.d.R., was jeder Bauherr weiß, nicht unentgeltlich erbracht werde. **Allerdings schränkt der BGH die Vermutung der entgeltlichen Tätigkeit des Architekten neuerdings ein.**¹⁴ In diesem Fall hatte ein Bauherr den Architekten veranlasst, eine Bauvoranfrage zu fertigen. Der BGH stellt dazu fest, dass aus dem Tätigwerden allein noch nicht der **Vertragsabschluss hergeleitet werden kann**. Zuerst muss geklärt werden, **ob überhaupt ein Auftrag erteilt ist** und ob der Architekt ohne vertragliche Bindung akquisitorisch tätig wurde. Erst dann, wenn feststeht, dass der Auftrag erteilt ist, ist zu klären, ob und in welcher Höhe eine Vergütung dafür geschuldet wird. Die HOAI regelt diese Frage nicht. Sie stellt öffentliches Preisrecht dar und enthält keine vertragsrechtlichen Regelungen. Gelingt dem Architekten der Nachweis nicht, ist ein Vergütungsanspruch ausgeschlossen.¹⁵ Die Vermutung eines Anspruchs auf die übliche Vergütung (§ 632 Abs. 2 BGB) erstreckt sich nicht auf die Auftragserteilung, sondern nur auf die Entgeltlichkeit eines erteilten Auftrages. Die Umstände, nach denen Architektenleistungen nur gegen eine Vergütung zu erwarten sind, muss der Architekt darlegen und beweisen.¹⁶



Nimmt jedoch der Bauherr die Leistungen des Architekten entgegen, so liegt hierin meist auch die Übernahme der Honorarzahlpflicht - OLG Braunschweig.¹⁷

- Dies hat das Landgericht Hamburg¹⁸ in erfreulicher Deutlichkeit bestätigt, indem es feststellt, dass dann, wenn der Bauherr Leistungen entgegennimmt, die der Architekt mit dessen Willen erbringt und verwertet, er sie auch zu vergüten hat, auch wenn weder ein ausdrücklicher Auftrag noch eine Honorarvereinbarung vorliegt.
- Zum gleichen Ergebnis kommt das OLG Frankfurt¹⁹ wenn der Architekt ausdrücklich aufgefordert wird, Architektenleistungen zu erbringen und diese vom Bauherrn nachweislich entgegengenommen und verwertet werden.
- Auch das OLG München²⁰ hat ausgeführt, dass dann, wenn der Bauherr vom Architekten Entwürfe für die Grundlagenermittlung und Vorplanung verlangt, ein Honoraranspruch entsteht, auch wenn die Unentgeltlichkeit der Leistung nicht ausdrücklich vereinbart worden ist.

¹³ BGH, Urteil vom 9. April 1987, NJW1987, 2743

¹⁴ BGH, Urteil vom 5. Juni 1997, NJW 1997, 3017

¹⁵ OLG Dresden, BauR 2001, 1769

¹⁶ OLG Düsseldorf, IBR 2008, 31

¹⁷ IBR 1994, 467

¹⁸ Urteil vom 24. November 1995, IBR 1996, 69

¹⁹ OLG Frankfurt, IBR 2006, 453

²⁰ Urteil vom 11. Oktober 1995, NJW-RR 1996, 341

- Das OLG Stuttgart²¹ geht davon aus, dass die Planungstätigkeit eines Architekten vergütungspflichtig ist, und zwar auch bei Tätigkeiten bis zur Leistungsphase 2, weil derjenige, der die Dienste eines Architekten in Anspruch nimmt, regelmäßig auch damit rechnen muss, dafür eine angemessene Vergütung bezahlen zu müssen.
- Umfangreiche Architektenleistungen werden regelmäßig nur gegen Entgelt erbracht.²²
- Das OLG Köln hat in der Aufforderung des Bauherrn, eine unverbindliche grobe Kostenschätzung zu erstellen, eine Beauftragung des Architekten gesehen, zumindest mit den Leistungsphasen 1 und 2 des § 33 HOAI.²³
- Von einer entgeltlichen Tätigkeit ist in der Regel bei Leistungsphase 3 auszugehen. A.A. ist allerdings der OLG Düsseldorf.²⁴
- Erteilt der Bauherr dem Architekten die **Vollmacht**, die Genehmigungsfähigkeit der Planlösung beim Bauordnungsamt abzuklären, dokumentiert er seinen Willen zum Abschluss des Architektenvertrages.²⁵



3. Vergütungspflicht unter einer Bedingung

Von einer vergütungspflichtigen Tätigkeit kann in den Fällen nicht ausgegangen werden, bei denen eine Zahlungspflicht nur unter bestimmten Voraussetzungen entstehen soll. So kann der Erwerb des Grundstücks als Bedingung²⁶ ebenso vereinbart sein wie eine Förderungszusage.

Bestehen Zweifel, ob der Vertrag unter einer aufschiebenden **Bedingung** abgeschlossen ist, trägt derjenige die Beweislast, der sich auf den unbedingten, also auf den gültigen Vertrag beruft. Macht der Architekt Honoraransprüche geltend und wendet der Auftraggeber ein, der Vertrag sei unter der Voraussetzung zu Stande gekommen, dass der Erwerb eines Grundstücks Bedingung für den Vertragsabschluss ist, muss er hierzu substantiiert vortragen. Dies bedeutet, dass er bestimmte Tatsachen wie Ort, Zeit und sonstige Umstände einer solchen Vereinbarung darlegen muss. Der Architekt trägt dann die Beweislast für einen unbedingten Vertragsabschluss, d.h. für eine vergütungspflichtige Beauftragung.²⁷ Er muss dann die vom Auftraggeber geltend gemachten Umstände widerlegen, die für die behauptete Bedingung sprechen können. Allerdings sind an diese Beweisführung keine zu strengen Anforderungen zu stellen.²⁸

Der Architekt sollte sich auch vor Aufträgen hüten, die mit dem Hinweis des Bauherrn verbunden sind, dass er davon ausgeht, dass die dafür anfallenden Kosten vom Architekten getragen werden und der Architekt bei **Realisierung des Bauvorhabens** mit Architektenleistungen beauftragt werde. Wird der Architekt dennoch tätig, so hat er **auf eigenes Risiko** gearbeitet; damit wird lediglich ein Architektenauftrag für diese Leistungen in Aussicht gestellt, wenn das Bauvorhaben realisiert wird. Kommt es nicht soweit, steht dem Architekten kein Honoraranspruch zu.²⁹

²¹ Urteil vom 17. Dezember 1996, BauR 1997, 681

²² OLG Düsseldorf, IBR 2006, 504

²³ OLG Köln, IBR 1993, 161

²⁴ OLG Rostock, Urteil vom 18. April 2001, IBR 2002, 371; OLG Düsseldorf, IBR 2003, 309

²⁵ OLG Naumburg, IBR 2006, 207

²⁶ Siehe auch BGH, Urt. vom 19. Februar 1998 – VII ZR 236/96, BauR 1998, 579

²⁷ Siehe L/K/F Einl. 18 m.w.N.; OLG Düsseldorf, IBR 1992, 498 (Morlock)

²⁸ BGH, Urteil vom 26. März 1992, BauR 1992, 506

²⁹ KG Berlin, Urteil vom 16. April 1996; Beschluss des BGH vom 6. März 1997 – Revision nicht angenommen; so auch OLG Saarbrücken, IBR 2002, 614

4. Der unverbindliche Auftrag

Wird dem Architekten »unverbindlich« ein Auftrag erteilt, so ist dies in aller Regel nicht gleichzusetzen mit »kostenlos«³⁰; vielmehr kommt damit zum Ausdruck, dass der Bauherr sich die Beauftragung mit weiteren Leistungen noch vorbehalten will und sich hinsichtlich der Durchführung des Bauvorhabens noch nicht endgültig an den Architekten binden will.³¹ Unverbindlich kann aber dann »kostenlos« bedeuten, wenn eine Kommune einen Architekten unverbindlich um die Erstellung einer Bebauungsplanung für ein Gebiet bittet und eine weitergehende Tätigkeit nicht in Betracht kommt.³²

Ebenso hat das LG Stendal³³ die als unverbindlich bezeichnete Bitte eines Bauherrn an den Architekten, Vorstellungen für ein Bauvorhaben zu übermitteln, noch nicht als ein Angebot zum Abschluss eines (vergütungspflichtigen) Architektenvertrages angesehen. Da jedoch der Bauherr die Planungsleistungen nicht nur entgegengenommen hat, sondern Änderungen und Ergänzungen entsprechend seinen Vorstellungen verlangt hat, hat er damit konkludent zum Ausdruck gebracht, dass er nunmehr Leistungen wünscht, die üblicherweise nur gegen Entgelt zu erlangen sind und die er folglich auch bezahlen muss.



5. Höhe des Vergütungsanspruchs

Steht schließlich ein Vertragsabschluss zwischen Architekt und Bauherr fest, richtet sich ein Vergütungsanspruch nach § 632 Abs. 1 BGB. Danach gilt eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn die Herstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Fehlt eine Vereinbarung zur Höhe, ist bei Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen. Die Umstände, nach denen Architektenleistungen nur gegen Vergütung zu erwarten sind, hat der Architekt darzulegen und zu beweisen. Dabei wird man bei nur geringfügigen Arbeiten davon ausgehen, dass diese unentgeltlich erbracht werden, weil dies im Allgemeinen auch so erwartet wird. Was als »geringfügig« eingestuft wird, ist lebhaft umstritten. So hat der BGH die Fertigung eines Aufmaßes, Bestandszeichnungen eines Vorentwurfs und Entwurfsvorzeichnungen sowie Wirtschaftlichkeitsberechnungen durch den Architekten nicht mehr als geringfügig bezeichnet.³⁴ Dagegen werden umfangreiche Architektenleistungen regelmäßig nur gegen Entgelt erbracht. Die Beweislast für die Unentgeltlichkeit liegt dann beim Auftraggeber.³⁵ Die Tatsache, dass die Architektenleistungen vereinbarungsgemäß unentgeltlich erbracht werden, ist vom Auftraggeber zu beweisen.³⁶

³⁰ Siehe L/K/F Einl. 65 m.w.N.

³¹ OLG Karlsruhe, BauR 1985, 236

³² BGH, Schäfer/Finnern Z 3.01 Bl.380

³³ Urteil vom 17. Juni 1999, IBR 2000, 283; so auch OLG Düsseldorf, IBR 2006, 504

³⁴ BGH, NJW 1987, 2742

³⁵ OLG Düsseldorf, IBR 2006, 504

³⁶ OLG Köln, IBR 2007, 141

6. Aufklärungspflicht über das Honorar

Grundsätzlich besteht keine Aufklärungspflicht des Architekten über die Höhe seines Honorars. Erklärt sich aber der Architekt bereit, zunächst unentgeltlich z.B. im Hinblick auf die Ermittlung von Bebauungs- und Finanzierungsmöglichkeiten tätig zu werden, so ist es seine Aufgabe, den Bauherrn rechtzeitig darauf hinzuweisen, wenn er von einem bestimmten Zeitpunkt an seine Leistungen vergütet haben will. Erfolgt ein solcher Hinweis nicht, kann der Architekt kein Honorar beanspruchen.

War dem Architekten bekannt, dass neben ihm weitere Architekten aufgefordert wurden, Vorschläge zu unterbreiten, und ging der Bauherr ersichtlich von der Kostenlosigkeit dieser Leistungen aus, so besteht eine **Aufklärungspflicht** des Architekten darüber, dass er nicht unentgeltlich arbeitet. Es handelt sich hierbei um eine Ausnahme von der Regel, dass dem Architekten i.d.R. keine Aufklärungspflicht über die Höhe seines Honorars obliegt, sondern nur dann, wenn der Architekt im Einzelfall erkennen muss, dass er offensichtlich nur kostenlose Leistungen erwartet und bei einer Aufklärung die Zusammenarbeit beenden würde. Gibt der Architekt eine falsche oder keine umfassende Auskunft, so steht dem Bauherrn ein Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei einem vorvertraglichen Vertragsverhältnis zu; dieser scheitert jedoch in der Praxis oftmals daran, dass der Bauherr auch einem anderen Planer die Mindestsätze hätte zahlen müssen.³⁷



Während also der Architekt die Beweislast für den Architektenvertrag und die Umstände, wonach Leistungen nur gegen Vergütung zu erwarten sind, trägt, trifft den Bauherrn die Darlegungs- und Beweislast, dass die Leistungen gleichwohl unentgeltlich erbracht werden sollen.

Eine **Aufklärungspflicht** des Architekten besteht auch gegenüber dem Bauherrn in den Fällen, in denen er sich über die grundsätzlichen Ziele des Auftrages noch nicht im Klaren ist, z.B. hinsichtlich der wirtschaftlichen und tatsächlichen Realisierbarkeit des Bauvorhabens, bspw. weil er für die Finanzierung des Baus erst noch seine Wohnung verkaufen muss oder ein Grundstück einer bestimmten Preisklasse erworben werden muss. Aufgrund seiner Sachwalterstellung müssen Architekten Bauherren über die Möglichkeit einer stufenweisen Beauftragung bei dieser Fallkonstellation aufklären, um ihr wirtschaftliches Risiko zu mindern.

³⁷ OLG Zweibrücken, Urteil vom 26. Oktober 1995, IBR 1995, 528; OLG Hamm, BauR 1999, 1479

7. Empfehlung

Die vorstehenden Ausführungen sollen den Architekten nicht abschrecken, sondern nachdrücklich auf die Wichtigkeit einer richtigen Honorarvereinbarung hinweisen, die **aus Beweiszwecken tunlichst schriftlich** erfolgen soll. Dabei kann der Architekt sich eines üblichen Architektenvertragsmusters bedienen. Sind nicht alle Umstände zu Beginn der Vertragsanbahnung den Parteien bekannt, so empfiehlt sich, zunächst eine Beauftragung über eine **Vorplanung** vorzunehmen, mit der die Bebaubarkeit und die Rahmenbedingungen wie Kosten, Finanzierung des Bauvorhabens abgeklärt werden. Ist der Bauherr zu keiner schriftlichen Vereinbarung mit dem Architekten bereit, so wird er sicherlich eine formularmäßige **Vollmacht** unterschreiben, mit welcher der Architekt bevollmächtigt wird, z.B. die erforderlichen Verhandlungen mit den zuständigen Behörden und Stellen sowie den Nachbarn zu führen. Hiermit tritt eine vertragliche Bindung der Parteien ein. Enthält die Vollmacht noch den Hinweis, dass damit auch Rückfragen »im Baugenehmigungsverfahren für den Bauherrn« zu erledigen sind, so stellt diese Vollmacht einen Architektenauftrag bzgl. der Leistungsphasen 1 bis 4 des § 33 HOAI da,³⁸ »weil zur Verhandlung mit den Behörden die Architektenleistungen bis zur Phase 4 (Genehmigungsplanung) erbracht werden müssen«. Das Gericht stützt diese Auffassung auf den Hinweis in der Vollmacht auf das »Baugenehmigungsverfahren«.



³⁸ So OLG Köln, Urteil vom 3. Juni 1980 – 15 U 263/79; KG, BauR 1988, 624; OLG Düsseldorf, BauR 1981, 401