

Vorabdruck für den 2. Deutschen Baugerichtstag
13. bis 14. Juni 2008 in Hamm/Westf.

*(K)Ein Mindestlohn für Architekten?
Kritische Überlegungen zur Novellierung der HOAI
einschließlich einer Prüfung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit
der geplanten Reduktion der Leistungsphasen**

von

*Prof. Dr.-Ing. Clemens Schramm, Berlin/Oldenburg
Hans Christian Schwenker, Celle
Dr. Markus Wessel, Celle*

* Dieser Beitrag erscheint am 1. Juli 2008 in Heft 5/2008 der ZfBR,
Seite 427 ff.

(K)Ein Mindestlohn für Architekten? Kritische Überlegungen zur Novellierung der HOAI einschließlich einer Prüfung der verfas- sungsrechtlichen Zulässigkeit der geplanten Reduktion der Leistungsphasen

Prof. Dr.-Ing. Clemens Schramm, Berlin/Oldenburg
RA Hans Christian Schwenker, Celle
RiOLG Dr. Markus Wessel, Celle

I. Ausgangssituation

Staatliches Gebührenrecht für Architekten hat in Deutschland Tradition: Die Reichskammer der bildenden Künste - eine der sieben Kammern der Reichskulturkammer - gab 1935 eine zunächst noch unverbindliche Gebührenordnung¹ heraus, die kurz darauf unter Federführung des neu ernannten Präsidenten Adolf Ziegler² öffentliches Preisrecht wurde.³ 1950 wurde daraus die GOA⁴ und - nachdem mit dem MRVG⁵ seit 1971 eine Ermächtigungsgrundlage vorlag - schließlich 1977 die HOAI. Der Blick zurück in die Übergangszeit von der GOA zur HOAI Mitte der Siebziger Jahre zeigt, dass es schon damals heftige Spannungen zwischen der Bundesarchitektenkammer sowie den anderen beteiligten Kammern und Verbänden und dem Bundeswirtschaftsministerium gab. Der HOAI-Einführung wurde seinerzeit großes Misstrauen seitens der Kammern und Verbände entgegengebracht. Dem Erlass der Ermächtigungsgrundlage⁶ und den seinerzeitigen Novellierungsbestrebungen der Gebühren- bzw. später Honorarordnung waren jahrelange Diskussionen und erbitterte Widerstände der beteiligten berufsständischen Organisationen vorausgegangen. Mit dem gleichen Pathos, mit dem heute die Beibehaltung des Status Quo gefordert wird, wurde damals einer Besitzstandswahrung der Höchstpreisverordnung GOA das Wort geredet.⁷

Seit ihrem Inkrafttreten hat die HOAI fünf Änderungsnovellen⁸ erfahren, zuletzt 1996.⁹ Mit dieser letzten Novellierung hatte der Bundesrat¹⁰ jedoch die Bundesregierung aufgefordert, die HOAI zu vereinfachen, transparenter zu gestalten und Anreize für kostensparendes Bauen aufzunehmen. Infolgedessen wurde ein Forschungsgutachten in Auftrag gegeben, der Statusbericht 2000plus.¹¹ Der Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 11.11.2005 griff das Anliegen der HOAI-Novellierung auf.¹² Seit dem 26.02.2008 liegt nun der Referentenentwurf aus dem BMWi für eine Sechste Verordnung zur Änderung der HOAI nebst Begründung vor. Nach der öffentlichen Anhörung in Berlin am 09.04.2008 wurde der Entwurf vielfach erörtert; die Reaktionen der Kammern und Verbände der Architekten und Ingenieure waren durchweg negativ. Sie gipfelten in den polemischen Auslassungen Matzigs im Feuilleton der Süddeutschen Zeitung,¹³ die neue HOAI betreibe den "Absturz der Baukultur", sehe wie der Plan aus, "Deutschland unbewohnbar zu machen und von Architekten und Ingenieuren zu befreien". Und geradezu erstaunlich offen bringt Arns - immerhin Vizepräsident der größten deutschen Architektenkammer - den "Kernpunkt der Kritik" zum Ausdruck: "Das BMWi will den Markt (!) für Planungsleistungen dem Preiswettbewerb öffnen"; der Referentenentwurf werfe "der gesamten Architektenschaft den Fehdehandschuh hin".¹⁴

- 1 Dem vorausgegangen war das aufgrund des § 25 der 1. DVO z. ReichskulturkammerG v. 1.11.1933 (RGBl. I 797) erlassene Architektengesetz v. 28.9.1934, vgl. Schutte, JW 1934, 3250. Die Berufsverbände und der AGO als Vorläufer des heutigen AHO führten zuvor einen lange Zeit vergeblichen Kampf um die allgemeingültige Anerkennung einer Gebührenordnung. Von dem ersten Vorschlag für eine (unverbindliche) Honorierung aus Hannover 1855 über die vom Reichsminister der Finanzen 1923 erlassene Gebührenordnung, die jedoch nur für den Großteil der staatlichen Bauten Bedeutung erlangte, wurde eine überwiegende Allgemeinverbindlichkeit bzw. eine umfassende Pflicht zur Anwendung einer Preisordnung durch Architekten und Ingenieure erst in den 30er Jahren erreicht. Die auf dem Preisbildungsgesetz beruhende Preisstoppverordnung vom 26.11.1936 (RGBl. I, 955) untersagte Preiserhöhungen für Güter und Leistungen jeder Art. In der Folge erging die erste bindende Honorarordnung für Architekten (s.o. u. Fn. 3). Vgl. im Übrigen Schramm/Schwenker, Störungen bei Architekten- und Ingenieurleistungen, FS Thode, 2005, S. 469 ff.
- 2 Hitlers "Lieblingssmaler". Im Auftrag Hitlers beschlagnahmte Ziegler 1937 in ganz Deutschland ca. 16.000 Werke sog. "entarteter" Kunst. Er leitete im Juni 1937 die Ausstellung "Entartete Kunst" in München. Vgl. z.B. Wistrich, Wer war wer im Dritten Reich, London 1982, München 1983.
- 3 Gem. Abschn. II der 1. AO des Präsidenten der Reichskammer der bildenden Künste v. 28.7.1936, RArbBl. I, 230 ff. = Baugilde 1936, 613 f. Danach hatte der Architekt u.a. sein Honorar nach der Gebührenordnung zu bemessen und hierüber vor Leistungsbeginn einen schriftlichen Vertrag mit dem Bauherrn zu schließen; vgl. auch Taupitz, Die Standesordnungen der freien Berufe, Habil.schrift Göttingen 1989 (de Gruyter 1991), § 5 H, S. 434.
- 4 Verordnung PR Nr. 66/50 über die Gebühren für Architekten v. 13.10.1950 (BAnz Nr. 216 v. 8.11.1950). Die GOA sollte allerdings - wie ihre Vorgänger-Verordnung der NS-Zeit - durch Festsetzung von Höchstpreisen Preistreiberei vermeiden, vgl. Vygen in: Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 6. Aufl., Einl. HOAI, Rdn. 6. Sie diente also gerade nicht dazu, ein Mindesteinkommen abzusichern, vgl. dazu auch Pfarr/Schramm, Von der GOA 1950 über die HOAI 1977 zur kalkulierten Planungsleistung 2005 (6?), in: Kalusche, W. (Hrsg.), BKI Handbuch Praxis, Lehre und Forschung der Bauökonomie (FS für Möller), 2005, S. 210, 211 f.
- 5 Dazu im Einzelnen unten IV 1.
- 6 Beschl. d. Deutschen Bundestags mit Zustimmung des Bundesrats v. 4.11.1971, vgl. BGBl. I, 1745 u. i.E. dazu unten IV 1. Zur Entstehungsgeschichte der HOAI im Übrigen Vygen in: Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 6. Aufl., Einl. HOAI, Rdn. 1 ff., 10 ff.
- 7 Sarkastisch dazu Schramm, FS für Pfarr, 2007, S. 189 ff.
- 8 Zum 1.1. und 10.6.1986, 1.4.1988, 1.1.1991 und 1.1.1996 (vgl. auch § 103 HOAI); näher Koeble in: Locher/Koeble/Frik, HOAI, 9. Aufl., § 103, Rdn. 2 ff.
- 9 Abgesehen von der 2002 vorgenommenen Umstellung auf Euro-Werte.
- 10 Insbesondere im Beschl. v. 6.6.1997 und der Entschliebung v. 14.7.1995, BR-Drucks. 399/95.
- 11 Abrufbar unter <http://www.a.tu-berlin.de/hoai2000plus>. Vgl. dazu Steeger/Schramm, BauR 2003, 445; Neuenfeld, BauR 2003, 605.
- 12 Zeilen 2594 - 2596: „Wir werden die HOAI systemkonform vereinfachen, transparenter und flexibler gestalten, sowie noch stärkere Anreize zum kostengünstigen und qualitätsbewussten Bauen verankern“ (abrufbar unter <http://www.bundesregierung.de/Anlage920135/Koalitionsvertrag.pdf>).
- 13 Ausgabe v. 10.4.2008, S. 11.
- 14 Online-Kommentar v. 16.5.2008 ("Flagge zeigen" - abrufbar unter www.aknw.de).

Diese - gleichsam eine Verschwörung gegen die Architekten voraussetzende - Kritik ist schwer nachvollziehbar. Unabhängig davon, dass in Deutschland seit 1949 bzw. 1989 gerade der Preiswettbewerb als Errungenschaft einer verbraucherorientierten sozialen Marktwirtschaft gepriesen wurde und damit die Kritik der Architekten(verbände) im "Kern" einem anderen Marktverständnis zu entsprechen scheint, muss vor allem die Negation des europäischen Rechts befremden.

II. Rechtliche Vorgaben für die Neugestaltung der HOAI

Nach der von den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union bis zum 28.12.2009 umzusetzenden "Dienstleistungsrichtlinie" vom 12.12.2006¹⁵ gilt innerhalb der Vertragsstaaten eine allgemeine Dienstleistungsfreiheit¹⁶ und in dieser Hinsicht ein grundsätzliches Behinderungsverbot; die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit darf nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Gesundheit oder des Schutzes der Umwelt beschränkt werden.¹⁷ Staatliches Preisrecht ist damit prinzipiell nicht vereinbar, und zwar selbst dann, wenn es dem Verbraucherschutz¹⁸ dienen soll.¹⁹ Denn die Beachtung von festgesetzten Mindest- und/oder Höchstpreisen durch den Leistungserbringer ist nach der Richtlinie nur gerechtfertigt, wenn dafür zwingende Gründe des Allgemeininteresses vorliegen.²⁰

Derartige *zwingende* Gründe des *Allgemeinwohls* - nicht lediglich die Interessen einer bestimmten Berufsgruppe - dürften aber vor allem nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs objektiv kaum begründbar sein. Im "Cipolla"-Urteil²¹ hat der EuGH Ende 2006 entschieden, dass eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs vorliege, wenn eine Regelung verbiete, geringere als in einer Gebührenordnung²² festgelegte Mindesthonorare zu vereinbaren. Allerdings hat der EuGH *von vornherein* noch nicht ausschließen wollen, dass mit Hilfe der Mindestsatzregelung ein Konkurrenzkampf vermieden werden könnte, der zu Billigangeboten führte, was das Risiko eines Verfalls der Qualität der erbrachten Dienstleistungen zur Folge hätte.²³ Er hat deshalb die Prüfung, ob der Verbraucherschutz eine solche Regelung (zwingend) erfordere und ob es eine Wechselbeziehung zwischen der Honorarhöhe und der erbrachten Dienstleistung gebe,²⁴ zunächst den nationalen Gerichten überantwortet.²⁵

Das eröffnet dem Ordnungsgeber vorläufig²⁶ einen gewissen "Spielraum" bei der Neugestaltung der HOAI. Der Referentenentwurf versucht in diesem Rahmen, die HOAI den rechtlichen Gegebenheiten anzupassen, indem er einerseits wesentliche Grundpfeiler der alten Honorarordnung - insbesondere die Mindestsatzgarantie - zu halten sucht, andererseits eine ganze Reihe von Regelungen streicht oder erheblich ändert. Im Rahmen der Anhörung zum Referentenentwurf am 09.04.2008 in Berlin ist jedoch seitens des BMWi unmissverständlich darauf hingewiesen worden, dass die EU-Kommission der HOAI schon allein deshalb sehr skeptisch gegenüber stehe, weil es staatliches Preisrecht für Architekten innerhalb der EU nur in Deutschland und Griechenland gebe.²⁷ Es sei nicht recht verständlich, warum gerade die deutschen Verbraucher "dümmer" oder schützenswerter sein sollen, als die anderer Mitgliedsstaaten.

III. Schwerpunkte des Entwurfs

Die Schwerpunkte des vorgelegten Entwurfs sind:

1. Inländer-HOAI

Um den Bedenken des EuGH gegen verbindliche Mindesthonorare Rechnung zu tragen, soll die HOAI zukünftig eine Inländer-HOAI sein. Sie ist nur noch für die Planer verbindlich, die ihren ständigen Sitz innerhalb Deutschlands haben.²⁸ Für Planer mit Sitz im Ausland gilt die HOAI nicht mehr, so dass mit diesen auch Preise unterhalb der Mindestsätze oder oberhalb der Höchstsätze vereinbart werden können. Von Seiten der Kammern und Verbände ist bei der vom Bundeswirtschaftsministerium durchgeführten Anhörung vorgeschlagen worden, es dabei zu belassen, die HOAI zur reinen Inländer-HOAI zu machen und die HOAI ansonsten - und mit ihr das zwingende Preisrecht - in vollem Umfang beizubehalten. Eine damit verbundene "Inländerdiskriminierung" soll zwar nach Auffassung des Bundeswirtschaftsministeriums unbedenklich sein und zwar sowohl in europa- wie in verfassungsrecht-

15 Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (ABl. L 376 v. 27.12.2006, S. 36 f.).

16 Die im Übrigen schon aus Art. 49 des EG-Vertrags folgt.

17 Art. 16 Abs. 1 b, Abs. 2 d, Abs. 3.

18 Rsp. Mieterschutz, so BGH, Urt. v. 27.2.2003 - VII ZR 169/02, BGHZ 154, 110 = ZfBR 2003, 367 (Juris-Rdn. 24).

19 In diese Richtung schon BGH a.a.O. (a.E. der Entscheidungsgründe, juris-Rdn. 41 f.).

20 Art. 15 Abs. 2 g, Abs. 3 b - dies wird von den Kritikern der Novellierung gern "übergangen".

21 EuGH, Urt. v. 5.12.2006 - Rs. C 94 und 202/04, BauR 2007, 368 = NJW 2007, 281 = IBR 2007, 30 (Schwenker).

22 In jenem Fall handelte es sich um die italienische Rechtsanwaltsgebührenordnung.

23 A.a.O., amtl. Rdn. 67 des Urteils.

24 Vgl. Rdn. 66 des Urt.

25 Rdn. 65. des Urt.

26 Die amtliche Begründung zu Nr. 71 (S. 76) weist ausdrücklich darauf hin, dass die HOAI "nach einer Erprobungsphase überprüft" werden soll "vor dem Hintergrund der Rechtsentwicklungen in der EU", wobei hier ein Zeitraum von "etwa fünf Jahren" genannt wird.

27 Das dürfte allerdings nicht ganz stimmen: Nach dem "Kurzstatement" von BAK, BlnK und AHO v. 22.5.2003 soll es in Griechenland, Italien, Luxemburg und auch in verschiedenen osteuropäischen Staaten (teilweise) verbindliche Honorarordnungen geben (abrufbar unter [http://www.bak.de/Portals/_Rainbow/infomaterial/576-0/Kurzstatement_BAK_BlnK_AHO_22_Mai\(1\).pdf](http://www.bak.de/Portals/_Rainbow/infomaterial/576-0/Kurzstatement_BAK_BlnK_AHO_22_Mai(1).pdf)). In einer Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage u.a. der CDU/CSU-Fraktion heißt es: "Im Bereich der Architekten und Ingenieure reguliert nach Angaben der EU-Kommission kein Mitgliedstaat der EU die Vergütungen so umfassend wie Deutschland. Für öffentliche Aufträge existieren Preisregulierungen in Griechenland, Luxemburg und Italien. In Österreich, Dänemark, Irland, Luxemburg, den Niederlanden, Spanien, Portugal und im Vereinigten Königreich existieren unverbindliche Preisempfehlungen, die auch über den Bereich der öffentlichen Aufträge hinaus für den privaten Bereich gelten. Belgien hat ein Mischsystem: Es reguliert mit gesetzlichen Mindestpreisen. daneben existieren aber auch unverbindliche Preisempfehlungen. Keine Preisvorgaben. weder in Form von staatlichen Preisfestlegungen noch in Form von Preisempfehlungen, gibt es in Finnland, Frankreich und Schweden. Die Preisbildung erfolgt dort im wettbewerblichen Rahmen am Markt" (abrufbar unter <http://www.baumeister-online.de/thema-des-monats/thema-detail.php?id=295>).

28 Vgl. zu dieser Problematik bereits BGH, Urt. v. 27.02.2003 - VII ZR 169/02, ZfBR 2003, 367 = BGHReport 2003, 591 mit Anm. Schwenker.

licher Hinsicht. Allerdings gebe es für eine Gebührenordnung mit Mindest- und Höchstpreischarakter nur noch einen einzigen Rechtfertigungsgrund, nämlich den Verbraucherschutz. Die Kommission stehe der HOAI sehr skeptisch gegenüber und habe die Frage gestellt, warum deutsche Verbraucher weniger informiert seien als die anderer europäischer Länder, in denen es weitgehend staatliches Preisrecht für Architekten und Ingenieure nicht gibt.²⁹ Der vorgelegte Entwurf geht somit einen Mittelweg und versucht - im Sinne der Architekten und Ingenieure - zu retten, was an staatlichem und somit a priori systemwidrigem Preisrecht noch zu retten ist.

2. Absenkung der Tafelendwerte

Die HOAI enthält zwingendes Preisrecht nur für Projekte, deren anrechenbare Kosten zwischen den Eingangswerten der Honorartafeln und deren Endwerten liegen. Im Hochbau liegt der Tafelendwert momentan bei rund 25,5 Mio. Euro anrechenbaren Kosten. Honorare für Bauvorhaben mit anrechenbaren Kosten oberhalb dieses Tafelendwertes können schon heute frei ausgehandelt werden; es besteht auch kein Zwang, die Tafelwerte fortzuschreiben.³⁰ Die Tafelendwerte sollen nach den Vorstellungen des Entwurfes in erheblichem Maße (um etwa 80%) abgesenkt werden, im Hochbau auf 5 Mio. Euro. Die Anwendbarkeit der HOAI wird durch die Absenkung der Tafelendwerte eingeschränkt, so dass die HOAI nur noch für kleine und mittlere Bauvorhaben gilt. Da für Projekte mit anrechenbaren Kosten oberhalb der Tafelendwerte die Preise nicht mehr durch die HOAI reguliert sind, wird es zukünftig mehr Bauvorhaben geben, für die eine staatliche Preisbindung nicht mehr gilt. Allerdings dürften Hochbauvorhaben mit mehr als 5 Mio. Euro anrechenbaren Kosten bei kleineren Büros sehr selten sein, so dass sich diese auch zukünftig im regulierten Bereich bewegen werden.

3. Wegfall von Leistungsphasen

Die HOAI soll sich künftig auf geistig-schöpferische Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren konzentrieren. Im Leistungsbild Gebäudeplanung führt dies dazu, dass nur noch die Leistungsphasen 1 - 5 (Grundlagenermittlung - Ausführungsplanung) geregelt werden. Die nachfolgenden Leistungsphasen - darunter die bisher mit 31 % hoch bewertete Leistungsphase 8 (Bauüberwachung) - unterliegen nicht mehr dem Preisrecht, so dass das Entgelt für sie frei vereinbart werden muss. Für Architekten und Ingenieure bringt das die Notwendigkeit mit sich, eine aufwandsdeckende Honorierung durch Kalkulation zu ermitteln und gegenüber dem Auftraggeber durchzusetzen.

4. Abkopplung der Honorare von den anrechenbaren Kosten (Baukostenvereinbarungsmodell)

Nach der geltenden HOAI wird das Honorar auf der Grundlage der nach DIN 276 (1981) zu ermittelnden anrechenbaren Kosten errechnet. Für die Vollarchitektur im Bereich des Hochbaus schreibt § 10 Abs. 2 HOAI die Erstellung von drei Kostenermittlungen vor, die durchaus zu anrechenbaren Kosten in unterschiedlicher Höhe führen können. Zukünftig sollen Architekten und Ingenieure ihre Honorare auf der Basis von vorab vereinbarten Baukosten be-

rechnen. Dabei soll auf der Grundlage einer Kostenschätzung oder nach Verrechnungseinheiten oder Flächengrößen bei Auftragserteilung ein Wert vereinbart werden, der der Honorarermittlung zu Grunde gelegt wird. Woher der Planer aber bei Auftragserteilung bereits insbesondere über eine Kostenschätzung oder über Verrechnungseinheiten oder Flächengrößen verfügen soll, ist nicht ersichtlich. In der erwähnten Anhörung traf die Kritik in diesem Punkt bei den Vertretern des Bundeswirtschaftsministeriums auf offene Ohren. Stattdessen wurde ein Kostenberechnungsmodell vorgeschlagen. Maßgeblich für die Honorarermittlung sollen dabei die anrechenbaren Kosten der Kostenberechnung bei Abschluss der Entwurfsphase sein. Der Parlamentarische Staatssekretär im Bundeswirtschaftsministerium hat mit seinem Schreiben vom 30.04.2008 an die Präsidenten der Bundesarchitekten- und -ingenieurkammern und den AHO-Vorsitzenden zugesagt, nach einem Weg für eine praxisgerechte Lösung zu suchen. Dieser in der Tat eine Schwäche darstellende Vorschlag des Entwurfs dürfte somit obsolet sein, so dass sich eine nähere Darstellung erübrigt.

5. Neubewertung der Planungsleistungen

Die Planungsleistungen werden besser bewertet als bisher. Dies soll im Ergebnis zu höheren Honoraren für Planungsleistungen führen. Der Entwurf spricht von einer Honorarerhöhung von rund 10 %. Zur Folge hat dies im Übrigen, dass der Architekt oder Ingenieur bei vollem Vertragsumfang zukünftig 110 % des Honorars erhalten wird.

6. Anhang

Die bisherigen Leistungsbilder, die in der novellierten HOAI entfallen, sollen als unverbindliche Regelungen beibehalten werden und als Orientierungspunkte auch zukünftig zur Verfügung stehen. Sie werden der neuen HOAI als Anhang beigelegt. Damit kommt man den Interessen zahlreicher öffentlicher Auftraggeber entgegen, die verlässliche Parameter für die Ermittlung des Honorars auch im zukünftig deregulierten Bereich verlangen.

7. Deregulierung der Beratungsleistungen

Zukünftig entfällt die Bepreisung von Beratungsleistungen für thermische Bauphysik, Schallschutz, Raumakustik, Bodenmechanik und vermessungstechnische Leistungen in der HOAI. Eine staatliche Preisvorgabe gibt es nur noch für originäre Planungsleistungen.

8. Ersatzlose Streichung von Regelungen in der HOAI

Eine Vielzahl von Regelungen der bisherigen HOAI fällt zukünftig ersatzlos weg:

a) § 8 HOAI (Zahlungen) wird ersatzlos gestrichen. Damit fällt auch die eigenständige Regelung der HOAI über das Recht des

²⁹ Vgl. auch Statusbericht 2000plus, S. 2-32f, Download s. Fn. 11

³⁰ BGH, Urt. v. 24.06.2004, VII ZR 259/02, ZfBR 2004, 781 = IBR 2004, 626 (Schramm).

Auftragnehmers auf Abschlagszahlungen (§ 8 Abs. 2 HOAI) weg.³¹ Dies ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, weil der Verordnungsgeber nicht ermächtigt sein dürfte, Anspruchsgrundlagen zu schaffen.³² Soweit der Entwurf jedoch auf das 2001 mit dem Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen eingeführte Abschlagszahlungsrecht des § 632a BGB verweist, lässt er unbeachtet, dass dessen Voraussetzungen strenger sind als die des § 8 Abs. 2 HOAI. § 632a BGB, der allgemein die Berechtigung des Unternehmers regelt, Abschlagszahlungen zu verlangen, gewährt diese nur für in sich geschlossene Teile des Werkes. Die bisherige Rechtsprechung des BGH zu Abgeschlossenheit ist sehr streng,³³ so dass der Architekt eine Abschlagszahlung nach § 632a BGB etwa erst nach Vorlage der Genehmigungsplanung und somit zu einem sehr späten Zeitpunkt verlangen könnte. Dass dies zu spät ist, leuchtete bei der Anhörung auch den Vertretern des Bundeswirtschaftsministeriums ein, so dass zu erwarten steht, dass der überarbeitete Entwurf eine § 8 Abs. 2 HOAI entsprechende Regelung enthalten wird. Abgeholfen werden könnte diesem Missstand des Entwurfs aber auch durch die überfällige Novellierung des in der Praxis kaum handhabbaren § 632a BGB.

b) § 10 HOAI (Grundlagen des Honorars) wird ebenfalls ersatzlos gestrichen, so dass Voraussetzung der Fälligkeit des Honorars nicht mehr die Überreichung der auf der Grundlage der Kostenermittlungen des § 10 Abs. 2 HOAI basierenden Schlussrechnung ist. Es gelten die BGB-Regelungen, die eine Schlussrechnung nicht kennen. Auf die Frage der Prüfbarkeit, die in der Vergangenheit Gegenstand zahlreicher Prozesse war, wird es zukünftig nicht mehr ankommen. Für Architekten und Ingenieure ist dies nicht nur vorteilhaft, wie es auf den ersten Blick erscheinen mag. Wird nämlich nach der jetzigen Regelung eine Honorarklage wegen mangelnder Prüfbarkeit der Schlussrechnung als derzeit unbegründet abgewiesen, bedeutet dies keine endgültige Abweisung der Honorarklage, sondern es kann auf der Grundlage einer neuen prüfaren Rechnung erneut geklagt werden. Fällt das Kriterium der Prüfbarkeit weg, ist die Klageabweisung endgültig.³⁴

c) Die in der HOAI bisher vorgesehenen Zuschläge bei Umbauten (§ 24 Abs. 1 HOAI) und bei Leistungen des raumbildenden Ausbaus (§ 25 Abs. 2 HOAI) sollen ersatzlos wegfallen. Beim immer wichtiger gewordenen Bauen im Bestand - etwa die Hälfte aller Bauleistungen sollen mittlerweile auf diesen Sektor entfallen - stand dem Planer ein Umbauzuschlag zu, der unabhängig von einer Erhöhung der anrechenbaren Kosten über § 10 Nr. 3 a) HOAI anfiel. Konnte sich der Planer mit seinem Auftraggeber über die Höhe des Umbauzuschlags nicht einigen, so konnte er ab Honorarzone III einen Aufschlag von 20 % auf sein Honorar beanspruchen. Einen derartigen obligatorischen Zuschlag soll es zukünftig weder im Bereich des § 24 noch des § 25 HOAI geben. Dies bedeutet natürlich nicht, dass Zuschläge nicht mehr vereinbart werden können. Zuschläge in jeglicher Höhe müssen aber zukünftig - unter Berücksichtigung des Höchstpreiskarakters der HOAI - einvernehmlich zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer vereinbart werden. Auch hier hat das BMWI aber zu erkennen gegeben, dass die berechtigte Kritik der Kammern und Verbände aufgenommen wird. Nicht ohne Reiz ist der in der Anhörung von betroffener Seite gemachte Vorschlag, in der zukünftigen HOAI das Bauen im Bestand - unter Berücksichtigung von Zuschlägen für die damit verbundenen Schwierigkeiten - zum Regelfall zu machen und für Neubauten Abschläge vorzusehen.

d) Letztlich sollen Besondere Leistungen zukünftig in der HOAI nicht mehr geregelt werden. Auch hier hat der Planer die Mög-

lichkeit, eine angemessene Vergütung mit seinem Auftraggeber zu vereinbaren. In Anbetracht der Erfahrung, dass es an den formalen Voraussetzungen für die Berechnung Besonderer Leistungen regelmäßig fehlte,³⁵ wird der Planer durch die Neuregelung gezwungen, rechtzeitig die Voraussetzungen für die Vergütung Besonderer Leistungen zu schaffen, indem er dem Auftraggeber diese anbietet und sich beauftragen lässt.

IV. Würdigung

1. Verfassungsrechtlicher Rahmen³⁶ ("Änderungsspielraum")

Ein Haupteinwand³⁷ gegen die Änderungsbestrebungen lautet, die Ermächtigungsgrundlage der HOAI sei "voll" auszuschöpfen und binde den Verordnungsgeber. Er könne sich deshalb bei einer Novellierung nicht einzelne Regelungsgegenstände herausuchen, sondern müsse sämtliche Vorgaben der Ermächtigungsgrundlage umsetzen. Das gelte insbesondere in Bezug auf die beabsichtigte Reduktion der Leistungsphasen. So klar ist die umfassende Bindung des Verordnungsgebers indes nicht; vielmehr ist er berechtigt, die Ermächtigungsgrundlage auch nur teilweise in Anspruch zu nehmen.³⁸

a) Die HOAI ist eine Rechtsverordnung der Bundesregierung. Sie bedarf somit gemäß Art. 80 Abs. 1 GG einer nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmten formell-gesetzlichen Grundlage. *Ermächtigungsgrundlage* zum Erlass der HOAI sind die §§ 1 und 2 des Gesetzes zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen (ArchLG) vom 4.11.1971.³⁹ § 2 Abs. 1 dieses Gesetzes bzw. dem zugrundeliegend⁴⁰ Art. 10 § 2 Abs. 1 MRVG bestimmt:

"Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates eine Honorarordnung für Lei-

31 Bei § 8 Nr. 2 HOAI soll es sich nach der Rspr. des BGH um eine Anspruchsgrundlage handeln, so BGH, Beschl. v. 22.12.2005 - VII ZB 84/05, ZfBR 2006, 338 mit krit. Anm. Schwenker/Thode ZfR 2006, 366.

32 Im Übrigen ist jedenfalls nach BGH, Ur. v. 09.07.1981 - VII ZR 139/80, BGHZ 81, 229 = ZfBR 1981, 232, § 8 HOAI "von der in Art. 10 § 2 des Artikel-Gesetzes (MRVG) erteilten Ermächtigung gedeckt. Die Honorarordnung, zu deren Erlass die Bundesregierung ermächtigt wurde, sollte ersichtlich auch die Regelung umfassen, wann der Architekt das ihm zustehende Entgelt verlangen könne. Diese Frage steht in engem Zusammenhang mit der Höhe der Vergütung. Eine Honorarordnung, die sie offen ließe, wäre unvollständig. Auch die von der HOAI abgelöste Gebührenordnung für Architekten (VO PR Nr. 66/50 vom 13. Oktober 1950 BAnz. Nr. 216 vom 8. November 1950) enthielt in ihrem § 21 eine Regelung über die Fälligkeit der Vergütung. Daran knüpft § 8 HOAI an (amtliche Begründung BRDrucks. 270/76 vom 9. April 1976 zu § 8)"; vgl. juris-Rdn. 52.

33 Einzelheiten bei: Erman/Schwenker, 12. Aufl., 2008, § 632a Rn. 6f.

34 Vgl. BGH, Beschl. v. 14.6.2007 - VII ZR 230/06, ZfBR 2007, 676.

35 Vgl. nur OLG Celle, Ur. v. 07.02.2007 - 14 U 130/06, OLGReport Celle 2007, 316 = IBR 2007, 201 (Schwenker).

36 Mit besonderem Dank an Herrn Dipl.-Jur. Lars Schmidt für seine Mitarbeit.

37 Z.B. von Jacobs und Seifert, Stellungnahme des BVS zum Referentenentwurf, S. 4; Stellungnahme des AHO v. 31.3.2008, S. 2, 43; Vorländer, TGA-Fachplaner 5-2008, S. 23 (unter Berufung auch Jochem und Eich).

38 Ebenso Statusbericht 2000plus (s.o. Fn. 11), Kap. 9, S. 3.

39 BGBl. I S. 1745, 1749, zuletzt geändert am 12.11.1984 (BGBl. I S. 1337).

40 Das ArchLG beruht auf Art. 10 des Gesetzes zur Verbesserung des Mietrechts und zur Begrenzung des Mietanstiegs sowie zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen (MRVG).

stungen der Architekten⁴¹ (einschließlich der Garten- und Landschaftsarchitekten) zu erlassen. In der Honorarordnung sind Honorare für Leistungen bei der Beratung des Auftraggebers, bei der Planung und Ausführung von Bauwerken und Anlagen, bei der Ausschreibung und Vergabe von Bauleistungen sowie bei der Vorbereitung, Planung und Durchführung von städtebaulichen Maßnahmen zu regeln.“

Die gesetzliche Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen weist der Exekutive grundsätzlich eine inhaltlich beschränkte, aber in dem vorgegebenen Rahmen auch *selbstständige* Regelungs- und Gestaltungsvollmacht zu. Die gesetzliche Begründung abgeleiteter Rechtssetzungsbefugnisse der Exekutive ist damit wesensnotwendig mit der Einräumung normativen Ermessens verbunden.⁴² Dem Ermächtigten muss also ein Spielraum bleiben, in dem er verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten hat, da andernfalls - so das Bundesverwaltungsgericht schon 1962 wörtlich⁴³ - "jede Rechtssetzungsermächtigung ihren Sinn und Zweck verlöre". Damit begründen Verordnungsermächtigungen für den Adressaten grundsätzlich nur ein Ordnungsrecht und keine bestimmte Handlungspflicht. Die Entscheidung über den Erlass einer Rechtsverordnung und - nach Maßgabe der in der Ermächtigungsgrundlage bestimmten Grenzen und festgelegten Vorgaben - deren inhaltliche Ausgestaltung steht prinzipiell im Ermessen des Verordnungsgebers.⁴⁴ Die durch die Ermächtigung abgegrenzte Rechtssetzungsbefugnis stellt folglich die formelle Grenze und den äußeren Rahmen für die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers dar.⁴⁵

b) Trotz des somit grundsätzlich bestehenden Gestaltungsspielraums des Verordnungsgebers ist fraglich, ob er für die HOAI diesen Gestaltungsspielraum dadurch verloren hat, dass er in der Vergangenheit die Ermächtigungsgrundlage durch verbindliche preisrechtliche Vorgaben für die Leistungsphasen 1-9 vollständig ausgeschöpft hat.⁴⁶ Aus der verfassungsrechtlichen Literatur lässt sich eine derartige *Selbstbindung* allerdings nicht herleiten. Zwar ist anerkannt, dass sich die vom Verordnungsgeber zu treffende Regelung an den Grundsätzen des bestehenden Ordnungsrechts orientieren soll. Dennoch werden dadurch die gestalterischen Möglichkeiten des Verordnungsgebers nicht starr an die bisherige Ausgestaltung gebunden. Vielmehr besteht die Möglichkeit einer Änderung, soweit die einmal getroffene Konzeption der früheren Verordnung(en) nicht ohne Grund verlassen wird.⁴⁷ Insoweit kann folglich nicht von einer Selbstbindung des Verordnungsgebers an bestehendes Ordnungsrecht oder einer Eingrenzung der Gestaltungsmöglichkeiten durch bestehende Ordnungsregelungen gesprochen werden. Wenn von den bisher geltenden Grundsätzen abgewichen werden soll, besteht lediglich ein *Begründungszwang* des Verordnungsgebers.⁴⁸ Im Referentenentwurf wird dementsprechend die Reduktion der Leistungsphasen begründet: Die Regelungsmaterie der HOAI solle auf das "Notwendige, d.h. auf die wesentlichen geistig-schöpferischen Planungsleistungen als Kernaufgaben von Architekten und Ingenieuren", beschränkt, dadurch der bisher geregelte Leistungsumfang verringert und die Anwendung der HOAI damit für die Betroffenen "transparenter und einfacher" gemacht wird.⁴⁹ Von Verfassungen wegen dürfte das genügen.

c) Gleichwohl ist zu untersuchen, ob die Ermächtigungsgrundlage für den Verordnungsgeber *verbindliche Vorgaben* hinsichtlich des Umfangs der in der HOAI zu regelnden Leistungsphasen enthält oder ob er freigestellt ist, auch Bereiche, die in der Ermächtigung genannt sind, ungeregelt zu lassen.

aa) Es besteht eine Bindung des Verordnungsgebers an *Inhalt, Zweck* und *Ausmaß* der formell-gesetzlichen Ermächtigung. Freiheit und Gebundenheit der Exekutive als Verordnungsgeber sowie Art und Ausmaß ihres insoweit etwa bestehenden normativen Ermessens bzw. Gestaltungsspielraums sind insbesondere abhängig von dem Gesetz, das die rechtssetzende Exekutive mit Ermächtigungen versieht und rechtlich bindet.⁵⁰ Der Verordnungsgeber muss den vom Gesetzgeber zum Ausdruck gebrachten Erwägungen folgen und darf von den durch den Gesetzgeber gestellten Zielen nicht abweichen und sie auch nicht zu korrigieren suchen.⁵¹ Bei der Handhabung der Ermächtigung ist der Verordnungsgeber somit an den Ermächtigungsrahmen gebunden.⁵² Dem Gesetzgeber ist es aber nicht verwehrt, dem Verordnungsgeber *keine* inhaltlichen Gestaltungsoptionen zu belassen, ihn insoweit also auf eine bloße Rechtsanwendungsfunktion zu beschränken und (nur noch) das Ob und Wann der Inkraftsetzung einer Verordnung der Entschließungsfreiheit des Verordnungsgebers zu unterstellen. Entsprechend ist es möglich, eine Rechtssetzungsermächtigung unter exakter inhaltlicher "Vorprogrammierung" zu erteilen und den Verordnungsgeber im inhaltlichen Bereich auf die bloße Rechtsanwendung zu beschränken. Es gibt also keinen "Kernbereich inhaltlicher Gestaltungsfreiheit" des Verordnungsgebers, der einer Festlegung durch den Gesetzgeber entzogen wäre.⁵³ Die Reichweite der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers hinsichtlich der Art und Weise der zu erlassenden Norm ist einer abstrakten und allgemeingültigen Bestimmung nicht zugänglich. Maßgeblich sind insoweit insbesondere die im jeweiligen Einzelfall bestehenden gesetzlichen Vorgaben in der ermächtigenden Norm. Dementsprechend ist die jeweilige Ermächtigungsnorm daraufhin zu untersuchen, ob der Gesetzgeber eine bestimmte Frage bereits verbindlich entschieden hat. Ist sie offen geblieben, so unterfällt deren Regelung der Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers.⁵⁴ Wie weit der dem normativen Ermessen zugestandene Spielraum der Beurteilung und Gestaltung der Exekutive reicht, ist daher durch *Auslegung* der gesetzlichen Ermächtigung zu beantworten.⁵⁵

bb) Der Wortlaut spricht eher für eine Bindung:

So bestimmen die §§ 1 Abs. 1 S. 2, 2 Abs. 1 S. 2 ArchLG bzw. Art. 10 § 1 Abs. 1 S. 2 und § 2 Abs. 1 S. 2 MRVG jeweils, dass in

41 Im Wesentlichen gleichlautend für Ingenieure § 1 Abs. 1 ArchLG u. Art. 10 § 1 MRVG.

42 Vgl. Badura, *Das normative Ermessen beim Erlass von Rechtsverordnungen und Satzungen*, in: GS Wolfgang Martens, P. Selmer (Hrsg.), 1987, S. 25 f.

43 BVerwG, Urt. v. 10.1.1962 - V C 79.61, BVerwGE 13, 271, 274 = DÖV 1962, 347 (juris-Rdn. 19).

44 Vgl. Dreier/Bauer, *Grundgesetz*, Bd. II, 2. Aufl., Art. 80, Rn. 53.

45 Vgl. v. Danwitz, *Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers*, 1989, S. 145.

46 Vgl. nur Vygen in: Korbion/Mantscheff/Vygen a.a.O., Art. 10 § 2 MRVG, Rdn. 3.

47 Vgl. BVerfG, *Entsch. v. 10.10.1972 - 2 BvL 51/69*, BVerfGE 34, 52, 61 = NJW 1973, 451 (juris-Rdn. 34).

48 Vgl. v. Danwitz a.a.O., S. 187.

49 Vgl. dort S. 1, 8.

50 Vgl. Badura a.a.O., S. 25 f.

51 Vgl. Maunz in Maunz/Dürig, *Grundgesetz*, Art. 80, Rn. 34.

52 Vgl. Hopf/Sannwald in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann, *Grundgesetz*, 11. Aufl., Art. 80, Rn. 132.

53 Vgl. v. Danwitz a.a.O., S. 166 f.

54 Vgl. v. Danwitz a.a.O., S. 185 f.

55 Badura a.a.O., S. 27.

der HOAI Honorare für Leistungen bei der Beratung des Auftraggebers, bei der Planung und Ausführung von Bauwerken und (technischen) Anlagen, bei der Ausschreibung und Vergabe von Bauleistungen sowie bei der Vorbereitung, Planung und Durchführung von städtebaulichen und verkehrstechnischen Maßnahmen "zu regeln" "sind". Die Interpretation, die Ermächtigungsnorm beschreibe lediglich, "für welche Art von Leistungen von Architekten und Ingenieuren die Honorarordnung Vergütungen vorsehen *darf*"⁵⁶ widerspricht dem "imperativen" Wortlaut der Norm. Vygen verweist zu Recht darauf, die Ermächtigungsnorm beschreibe die Tätigkeit der Architekten und Ingenieure umfassend vom frühesten Stadium der Konsultation bis zum Abschluss der Herstellungsphase.⁵⁷ Demnach liegt vom Wortlaut aus betrachtet eher die Annahme nah, dass der Ordnungsgeber den Ermächtigungsrahmen auszuschöpfen hat und ihm verboten ist, von den im ermächtigenden Gesetz genannten Leistungen nur einen Teil zu regeln.⁵⁸

cc) Die *Entstehungsgeschichte* hilft als Auslegungskriterium nicht weiter:

Die Gesetzesmaterialien zum MRVG⁵⁹ besagen wenig. In der Begründung zum Entwurf des MRVG heißt es zu Art. 10 § 1 Abs. 1 S. 2 und § 2 Abs. 1 S. 2⁶⁰ lediglich, in Satz 2 werde der "Umfang der Leistungen, für die Entgelte in der Honorarordnung vorgesehen werden *sollen*, beschrieben." Insoweit seien "alle Teilleistungen" der Architekten und Ingenieure erfasst.⁶¹ In seiner Stellungnahme zum Gesetzesentwurf bat der Bundesrat die Bundesregierung, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens "den Umfang der Ermächtigungen in § 1 Abs. 1 und § 2 Abs. 1 (des Art. 6 MRVG) auf das *Gewollte* einzuschränken",⁶² ohne dass dies aber zu einer Änderung des Gesetzestextes im weiteren Gesetzgebungsverfahren geführt hätte.

dd) *Sinn und Zweck* der Ermächtigungsgrundlage sprechen jedoch eindeutig dafür, dass die Ermächtigungsgrundlage nicht vollständig ausgeschöpft werden muss:

Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts weist die Ermächtigung den Ordnungsgeber an, Honorare festzusetzen, die den berechtigten Interessen der Architekten (und Ingenieure) und der zur Zahlung der Honorare Verpflichteten Rechnung tragen. Einerseits soll der Auftraggeber vor überhöhten Honoraren in Schutz genommen und damit indirekt eine Begrenzung des Anstiegs der Baukosten erreicht werden, andererseits soll auch dem Planer eine auskömmliche und kostendeckende Vergütung gewährleistet sein. Hinsichtlich des *Ausmaßes* der Ermächtigung geht das Bundesverfassungsgericht von einem Gestaltungsermessen des Ordnungsgebers in Bezug auf die Bemessungskriterien und die Auswahl der Bewertungsmerkmale für die Höhe der Honorare aus, äußert sich darüber hinaus aber nicht zu einem etwaigen Gestaltungsspielraum hinsichtlich des leistungsphasenbezogenen Umfangs der Regelung.⁶³

Zu berücksichtigen ist jedoch - worauf die Begründung des Entwurfs zutreffend hinweist⁶⁴ -, dass der Ordnungsgeber lediglich den Zweckerwägungen folgen muss, die der Gesetzgeber im ermächtigenden Gesetz angelegt hat. So wollte der Gesetzgeber ursprünglich mit der Neuordnung des Honorarrechts der Ingenieur- und Architektenleistungen eine Senkung der Baukosten erreichen, um dem in den Jahren 1970 und 1971 feststellbaren starken Anstieg der Mieten entgegenzuwirken.⁶⁵ Es ging ihm also primär um eine verbindliche Festsetzung von *Höchstätzen*, wie es auch der eingangs erwähnten Entstehungsgeschichte des Architekten-Gebührenrechts entspricht. Die HOAI hat indes im Lau-

fe der Jahre einen Funktionswandel erlebt und stellt heute faktisch eine *Mindestpreisverordnung* dar.⁶⁶ In diesen Kontext sind auch die oft ausgesprochen scharf und einseitig⁶⁷ vorgetragenen Einwände gegen die Neuordnung einzuordnen. Wenn aber die ursprüngliche Erwägung des Gesetzgebers, verbindliches Preisrecht vor allem als Mittel gegen steigende Baukosten und in der Folge auch steigende Mieten einzusetzen, heute nicht mehr tragend ist, steht die Reduktion des Anwendungsbereichs der HOAI nicht im Widerspruch zu den damaligen Erwägungen des Gesetzgebers und zum objektiven Gesetzeszweck.⁶⁸ Da dem Ordnungsgeber jedoch grundsätzlich freigestellt ist, ob er eine Ermächtigung überhaupt ausnutzen will, kann es ihm auch grundsätzlich nicht verboten sein, nur teilweise davon Gebrauch zu machen, es sei denn, dass die teilweise Ausnutzung der Ermächtigung zu einem ihrem Zweck und Inhalt widersprechenden Ergebnis führen würde.⁶⁹ Das aber ist hier nicht der Fall, weil die geplante Novellierung offensichtlich nicht darauf zielt, die Baukosten (oder Mieten) in die Höhe zu treiben, sondern vielmehr ausdrücklich betont, gerade dem entgegenwirken zu wollen.⁷⁰

d) Die Bundesregierung ist damit nicht verpflichtet, den Ermächtigungsrahmen vollständig auszuschöpfen. Der Ordnungsgeber ist nicht verpflichtet, alle vorkommenden Architekten- und Ingenieurleistungen umfassend preisrechtlichen Regelungen zu unterwerfen.⁷¹ Die geplante Reduktion der Leistungsphasen (und auch der Wegfall verschiedener Leistungsbilder) ist von der Ermächtigungsnorm gedeckt und jedenfalls verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

56 Koebler in: Locher/Koebler/Frik a.a.O., Art. 10 § 2 MRVG, Rn. 1.

57 Vygen in: Korbion/Mantscheff/Vygen a.a.O., Art. 10 § 2 MRVG, Rn. 2.

58 Dies aber verneinend Vygen a.a.O., Rdn. 4.

59 BT-Drucks. VI/1549 und VI/2421.

60 Damals noch als Art. 6 des Artikelgesetzes vorgesehen, vgl. Vygen a.a.O., Einl. HOAI, Rdn. 8.

61 BT-Drucks. VI/1549, S. 14.

62 BT-Drucks. VI/1549, S. 31.

63 BVerfG, Beschl. v. 20.10.1981 - 2 BvR 201/80, BVerfGE 58, 283 = BauR 1982, 74 (juris-Rdn. 26 ff.).

64 S. 5

65 BT-Drucks. VI/1549 und VI/2421.

66 So wiederum auch die Begründung des Entwurfs, S. 5.

67 Beispielhaft seien nur genannt: Arns, Kommentar zur HOAI-Novelle unter www.aknw.de ("der gesamten Architektenschaft den Fehdehandschuh hingeworfen"); Bund deutscher Baumeister, ibr-online-Nachricht v. 11.03.2008 ("worst case für Architekten"); Pressemitteilung der Bundesarchitektenkammer und der Bundesingenieurkammer v. 09.04.2008 ("Laienspiel", es drohe "der Ausverkauf der Baukultur in Deutschland", "klar mittelstandsfeindlich"); Stellungnahme des AHO v. 31.03.2008 ("untauglich ... unausgegoren, willkürlich und z.T. grob falsch", S. 43, 46); Architektenkammer NRW, Material zum HOAI-Protest, abrufbar unter www.aknw.de ("bedroht die Baukultur, den Verbraucherschutz und die Arbeitsplatzsicherheit"); Vorländer, TGA-Fachplaner 5-2008, S. 22 ff. ("pure Provokation ... skandalös"); Matzig, SZ v. 10.4.2008, S. 11 ("Plan, Deutschland unbewohnbar zu machen", s.o. I. zu Fn. 13).

68 Vgl. auch Schramm/Steeger, Neue HOAI zum 01.01.2009: Faktisches Aus oder Neuanfang?, ibr-online, Rdn. 10.

69 So Vygen a.a.O., Art. 10 § 2 MRVG, Rn. 4.

70 Vgl. nur S. 1 der amtl. Begründung.

71 Im Übrigen sei daran erinnert, dass die HOAI bei Einführung 1977 noch nicht den heutigen Umfang hatte, da verschiedene Leistungsbilder erst später eingefügt wurden. Zudem sind weitere Leistungen wie Brandschutz und Facility Management nicht in der HOAI enthalten, ohne dass dies bisher von rechtlicher Seite beanstandet wurde.

2. Vermutliche Auswirkungen der Änderungen

Aller Voraussicht nach werden die Auswirkungen für die in Deutschland arbeitenden Architekten bei weitem nicht so gravierend sein, wie behauptet.⁷² Die von manchen prognostizierten Horrorzahlen über das Bürosterben sind jedenfalls bei der vollständigen Abschaffung der englischen Honorarordnung nicht eingetreten.⁷³ Im Gegenteil: Die immer wieder als vermeintlich abschreckend angeführten 'englischen Verhältnisse' nach Abschaffung des dortigen Honorarrechts haben bei näherem Hinsehen zu einer positiven Entwicklung geführt. Die dreiteilige Artikelserie von R. Kuchenmüller mit dem Titel „Das englische Exempel. Hinweise zur Krise des Architektenberufs“ erschien 1994 in Deutsches Architektenblatt und basiert auf der Auswertung von insgesamt 120 Artikeln, Kommentaren und Leserbriefen mit Themen zur Lage des Berufs in der englischen (Wochen-) Zeitschrift 'The Architect's Journal' im Zeitraum Juli 1992 bis Oktober 1993.⁷⁴ Von diesen Äußerungen befassten sich 10% mit der Gebührenordnung und den Vergaberegeln und 20% mit dem Preiswettbewerb bei Architektenleistungen. Dadurch relativiert sich also von vornherein aus methodischen Gründen jegliche Aussage zu den englischen Verhältnissen in Bezug auf die Honorierung.

Bekanntlich hatte das britische Office of Fair Trading in den Achtziger Jahren verbindliche Gebührenordnungen für Architekten für unzulässig erklärt. Der daraufhin vom RIBA (Royal Institute Of British Architects) veröffentlichte Honorarüberblick (Fee Survey) stieß in Leserbriefen auf Ängste, da eine solche Preisempfehlung honorardrückend wirken könne, indem zu niedrige Sätze normativ publiziert werden würden. In dieser Situation förderte der Staat einen Preiswettbewerb, der von Architekten als unmoralisch empfunden wurde. Es sei zu beklagenswerten Preiskämpfen, Niedrigpreisangeboten und Honorarunterbietungen der bisher üblichen Sätze um bis zu 80% gekommen. In manchen Fällen würde sogar zum Nullhonorar (nil fee) gearbeitet. Gegen die Aussage, jedes Büro sei ein zu Profit verpflichtetes Unternehmen, protestierten manche englische Leserbriefschreiber heftig.

In diesen Äußerungen scheint den Verfassern der Schlüssel für die gegenwärtige deutsche Diskussion um die HOAI und ihre Novellierung zu liegen. Hier prallen ökonomische Auffassungen vom wirtschaftlichen Handeln auf einem freien Markt mit dem Selbstverständnis vieler Architekten als für die Gesellschaft tätige Künstler zusammen. Für einen Ökonomen ist Preiswettbewerb nicht der Rede wert, sondern Mittel zum Zweck eines Betriebes, nämlich Gewinnung von Marktanteilen und Streben nach Profit. Architekten und Ingenieure sträuben sich gegen diese Handlungsmaxime und werfen ihren Kollegen Verrat am Berufsstand vor, wenn sie an der Preisschraube drehen. Dabei darf nicht übersehen werden, dass jedes Planungsbüro als Betrieb den ökonomischen Gesetzmäßigkeiten unterworfen ist, d.h. auf kurze Sicht kann man zwar einzelne Aufträge nicht kostendeckend akquirieren, mittel- und langfristig müssen natürlich Honorare erzielt werden, die auskömmlich sind und Mitarbeitern und Inhabern das Leben ermöglichen. Alles andere ist Liebhaberei, die nur für Menschen mit einem Zweiteinkommen möglich ist und vom Finanzamt steuerlich nicht anerkannt wird. Kuchenmüller zitiert einen lakonischen englischen Leser mit den vielleicht richtungsweisenden Worten: „Wozu das ganze Theater? Wir unterscheiden in unserem Büro die Projekte nach 'professionell' (vernünftige Bauherren zahlen auskömmliche Honorare), 'spekulativ' (der Bauherr verlangt Vorarbeit, um dann eventuell auskömmliche Honorare zu zahlen) und

'karitativ' (man verlangt Planungen, ohne auskömmliche Honorare zu zahlen). Bei letzteren geben wir immer dem Bauherrn einen Scheck über 10% der Summe, die wir bei seinem Auftrag verloren hätten, mit der Telefonnummer des Büros von Hunt Thompson (das einen Auftrag zum Nullhonorar angeboten hatte, Anm. d.V.). Unser Büro hat noch nie profitabler gearbeitet.“⁷⁵

Eine unabhängige Einschätzung der englischen Gegebenheiten nach Wegfall des Preisrechts und anderer deregulierender Maßnahmen geben zwei Ökonomen einer englischen Hochschule.⁷⁶ In ihrer Analyse beziehen sich die Autoren auf die englische Architektenschaft und vergleichen u.a. Argumente zur Aufhebung der Honorarordnung. Das einflussreiche RIBA hatte in den 1840ern erste Honorarempfehlungen herausgegeben, ab 1918 6% - wohl der Baukosten - als Minimum empfohlen und ab 1945 für ihre Mitglieder einen gewissen Mindestsatz als verpflichtend festgelegt. Diese vom Berufsstand verantwortete Preisordnung kam in den späten 60ern des 20. Jahrhunderts unter Druck und wurde 1970 von der Monopolkommission (Monopolies Commission) in einem Untersuchungsbericht zu den Freien Berufen angegriffen: „Die Einführung eines gegenwärtig nicht erlaubten Preiswettbewerbs für Angebote der Freien Berufe ist wahrscheinlich der am besten geeignete Anreiz für größere Effektivität und Innovation sowie Angebots- und Preisvielfalt, der Anwendung finden kann.“⁷⁷ Gleichzeitig wird in dem Bericht eingeräumt, dass in sehr wenigen Ausnahmefällen ein Preiswettbewerb ein Verlust an (Service-)Qualität und ein daraus resultierender Vertrauensverlust für einen Berufsstand eintreten könne. 1977 führte ein weiterer, im besonderen auf Architekten bezogener Bericht der Monopol- und Fusionsbehörde (Monopolies and Mergers Commission) weiter aus: „Wir sind nicht überzeugt, dass Architekten besondere Gründe für einen Beibehalt ihrer verpflichtenden Honorarordnung haben, welche die inhärenten Nachteile des jetzigen Systems überwiegen würden.“ Die Kommission schloss daraus, dass „die verpflichtende Honorarordnung für Architekten zusammen mit den derzeitigen Preiswettbewerb verhindernden Regeln gegen das öffentliche Interesse verstößt und daher zum Ende gebracht werden sollte.“⁷⁸ Im Ergebnis der nachfolgenden Debatte mit hartem Widerstand des Berufsstands wurde schließlich 1982 die bis dahin geltende Preisordnung zugunsten einer Preisempfehlung abgeschafft.

Was die Auswirkungen des Preisrechtsentfalls in England angeht, konstatieren die Autoren, dass es selbstverständlich zu Anpassungsschwierigkeiten kam, die durch externe Einflüsse wie die konjunkturelle Lage und weitere Reformen (flexiblere Organisationsformen der Büros in rechtlicher Hinsicht u.a.) verstärkt wurden. Die anschließenden Feststellungen zum Ergebnis der Marktliberalisierung auf die Architektenschaft beruhen auf verschiedenen Studien und eigenen Erhebungen der Autoren und betreffen

72 Vgl. dazu schon Schramm, Der Anfang vom Ende? in: SEMINA-Akademie zur 5. Interdisziplinären Norddeutschen Tagung für Baubetriebswirtschaft und Baurecht, 2004, Ziff. 4 des Beitrags im Tagungsband.

73 A.a.O. (Fn. 68).

74 DAB 9/94, 10/94, 11/94; zur Methodik s. DAB 9/94, S. 1344.

75 DAB 10/94, S. 1574.

76 K. Button / M. Fleming (Fachbereich Wirtschaft der Loughborough University), Reforming the regulation of the professions in the UK; Untersuchung 1989 auf der Jahrestagung der Europäischen Vereinigung für Recht und Wirtschaft in Wien präsentiert.

77 Button/Fleming, a.a.O. S. 10; aus dem Englischen übersetzt.

78 Button/Fleming, a.a.O. S. 11; aus dem Englischen übersetzt.

den Zeitraum von 1982 bis 1989. Mit gewissen, methodisch begründeten Einschränkungen wird eingeräumt, dass das Einkommen zumindest der Inhaber von Architekturbüros nach 1982 - jedoch als langfristiger Trend auch schon zuvor - gesunken ist. Für die Gehälter von Mitarbeitern war der Befund jedoch weniger deutlich. Trotz statistisch nicht eindeutigen Ergebnis wird dies zum Teil der Marktliberalisierung zugeschrieben, jedoch zugleich bemerkt, dass dieser für den Berufsstand negative Effekt für die Gesellschaft nicht automatisch einen Wohlfahrtsverlust bedeutet. Die in den Achtzigern ohnehin geringe Arbeitslosigkeit der Architekten (gerade im Vergleich zur Gesamtquote) hat nach Angabe der Autoren nach Umsetzung der Preisempfehlung sogar noch abgenommen. Die Studie schließt mit den Worten, dass die Liberalisierung der vergangenen Jahre keinen revolutionären Effekt hatte und keine dramatischen Veränderungen hervorgerufen habe.

Frappierend sind auch die abschließenden Bemerkungen des Autors R. Kuchenmüller in der zitierten Artikelserie, die den Schlussfolgerungen des Statusberichts zum Berufsbild und Qualitätsmanagement von Architekten gleichen. Was hat sich in der Zwischenzeit getan, wo ist die - zugegeben schmerzliche - Strukturdebatte der deutschen Architekten? Kuchenmüller schließt damit, die englischen Architekten hätten eindrucksvoll demonstriert, wie ein Beruf unter Druck neue Kräfte mobilisiere und sich selbst belebe. "Frischer Wind aus England", titelte er ein Jahr später seine einführenden Gedanken zu einem anschließenden Text des Präsidenten des englischen Architektenverbands RIBA mit einem differenzierteren Bild zu den englischen Verhältnissen und einem Blick in die Zukunft der Architekten. Der erste Absatz des einleitenden Textes verdient wegen seiner Übertragbarkeit zitiert zu werden: *„Man hat sich angewöhnt, England als Synonym für die Krise des Architektenberufs zu verwenden - gelegentlich hört sich das so an, als wären dort die Kollegen schon ausgestorben. Wir müssen umdenken. Die englische Architektenschaft ist dabei, sich radikal neu zu orientieren. Während wir in Deutschland noch in Richtung Talsohle stolpern, formieren sich die englischen Kollegen zum Aufbruch ins nächste Jahrtausend. Während wir die Krise als Wehwehchen behandeln, entsteht jenseits des Kanals eine neue Berufsauffassung, wenn es gut geht, eine neue Berufswirklichkeit.“*⁷⁹

Auch die Erfahrungen aus Österreich nach Abschaffung der dortigen HOA haben die Baukultur nicht zum Erliegen gebracht; es existieren dort weiter Planer, da die Nachfrage vorhanden ist. Sicherlich sind aber Marktanpassungsschwierigkeiten zu befürchten. Eine HOAI in der vorliegenden Novellierungsfassung wird teilweise zu einem weiteren Preisdruck auf Architekten und Ingenieure führen. Wer den Zug der Zeit erkennt und sich - ähnlich der Entwicklung bei anderen Freiberuflern - spezialisiert, wird am Markt der Planungsleistungen bestehen können und erfolgreich sein. Für den Fall, dass die HOAI in der vorliegenden Form reformiert wird, werden also Architekten und Ingenieure in Zukunft ihre Leistungen ebenso wie die bauausführenden Unternehmen zu kalkulieren haben. Der „rettende Anker“ der HOAI in der jetzigen Fassung wird jedenfalls nicht weiter bestehen. Dies gilt besonders für die Leistungsphasen 6-9, die dann anders als die ersten Leistungsphasen frei kalkulierbar sind. Da es sich langfristig kein Büro erlauben kann, unterhalb der eigenen Kosten anzubieten, führt der zu erwartende Preiswettbewerb mit Sicherheit nicht zu einem Aussterben der deutschen Architekten und Ingenieure. Auch die Leistungen der nicht mehr verbindlich verordneten Leistungs-

bilder sind - wie schon immer die hinzu tretenden und isolierten Besonderen Leistungen - dem Bauherrn ohne den Rückgriff auf die Honorartafeln anzubieten. Die Planungsbüros werden somit aus ihrem Dornröschenschlaf erwachen müssen. Noch können die Inhaber die derzeitige Krise aktiv nutzen und sich betriebswirtschaftliche Erkenntnisse zu eigen und zu nutzen machen.⁸⁰ Ein auskömmliches Honorar zu erzielen, ist Aufgabe jedes Architekten und Ingenieurs.⁸¹ Das Wissen um wirtschaftliche Büroföhrung muss selbstverständlich in der Ausbildung beginnen. Die Hochschulen werden sich dieser Aufgabe noch mehr als heute stellen müssen. Hier setzt die Verantwortung des Staates an, nicht bei tarifähnlichen Verhandlungen über Honorarhöhen.

3. Offene - tatsächlich oder rechtlich noch regelungsbedürftige - Punkte

Eine Hypothek, die das Architektenhonorarrecht weiter mit sich schleppen muss, ist das sog. Kopplungsverbot des § 3 des Gesetzes zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen.⁸² Danach sind Vereinbarungen, durch die der Erwerber eines Grundstücks sich im Zusammenhang mit dem Erwerb verpflichtet, bei der Planung oder Ausführung eines Bauwerks auf dem Grundstück die Leistungen eines bestimmten Ingenieurs oder Architekten in Anspruch zu nehmen, unwirksam. Diese Vorschrift ist daraus zu erklären, dass sie Bestandteil eines Gesetzes ist, mit dem der Mietanstieg bekämpft werden sollte. Dieser Gesetzeszweck dürfte, was Architektenleistungen anbelangt, obsolet geworden sein, weil eine Bekämpfung des Mietanstiegs durch dieses Instrument nicht ersichtlich ist. Vielmehr führt das Kopplungsverbot, zumal § 3 MRVG von der Rechtsprechung extensiv ausgelegt wird,⁸³ dazu, dass Architekten und Ingenieure gegenüber Bauträgern, für die das Kopplungsverbot nicht gilt, in unvertretbarer Weise benachteiligt werden. Die Vorschrift hat daher keine Daseinsberechtigung mehr.⁸⁴ Die Chancen, dass das Kopplungsverbot fällt, sind allerdings nur sehr gering. Denn § 3 MRVG ist Bestandteil der Ermächtigungsgrundlage, die nach dem erklärten Willen der Bundesregierung nicht geändert werden soll. Die Praxis wird daher mit dem Kopplungsverbot weiter leben müssen.

79 Frank Duffy, *Our Future: the analysis done, now is the time for action* mit Vorbemerkungen von Kuchenmüller in: DAB 10/95, S. 1809ff.

80 So auch Steeger/Schramm a.a.O. (Fn. 68), Rdn. 29 ff.

81 Vgl. dazu auch Pfaff/Schramm, *Von der GOA 1950 über die HOAI 1977 zur kalkulierten Planungsleistung 2005 (6?)*, in: Kalusche, W. (Hrsg.), *BKI Handbuch Praxis, Lehre und Forschung der Bauökonomie (FS für Möller)*, 2005, S. 206, 213 ff.

82 Verkündet als Art. 10 des Gesetzes zur Verbesserung des Mietrechts und zur Begrenzung des Mietanstiegs sowie zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen vom 4.11.1971 (BGBl. I S. 1745).

83 Vgl. nur BGH, Urt. v. 06.04.2000 - VII ZR 455/98, ZfBR 2000, 463.

84 Ebenso Vygen *BauR* 2008, 730 ff.

V. Fazit:

Wie eingangs⁸⁵ angesprochen, sind die Widerstände auch gegen nur partielle Erleichterungen vom Korsett des staatlichen Gebührenrechts der Architekten und Ingenieure nichts Neues. In der aktuellen Diskussion sei deshalb an die Worte des damaligen Präsidenten der Bundesarchitektenkammer Fritz Novotny auf dem Architektentag 1976 erinnert: Man wolle keine Auftragsausfallgarantie für die Trockenperioden der Bauwirtschaft und plane nicht die Errichtung eines "Naturschutzparks für Architekten"; daher fordere man keine Subventionen, auch nicht in Form eines sog. "Tuschepfennigs".⁸⁶ Diese Worte sollten all diejenigen Stimmen aus den Kammern und Verbänden bedenken, die sich den Erhalt der jetzigen Regelungen als Inländer-HOAI bei gleichzeitiger Tafelerhöhung wünschen.⁸⁷ Es darf nicht vergessen werden, dass ein bindendes Preisrecht auch in einer sozialen Marktwirtschaft als Ausnahme zu betrachten ist, für die es im europäischen Rahmen *zwingende* Gründe geben muss. Dass sich die wirtschaftliche Lage vieler Architektur- und Ingenieurbüros seit Ende der vereinigungsbedingten Sonderkonjunktur wesentlich verschlechtert hat, kann daran prinzipiell nichts ändern, weil es andere Berufsstände und insbesondere die Bauwirtschaft im Ganzen nicht minder trifft. Sicher handelt es sich bei der geplanten Novellierung nicht nur um eine geringfügige Fortschreibung und Anpassung, sondern um eine wesentliche Reform sowohl der Struktur als auch des Inhalts. Und das Bundeswirtschaftsministerium ist allem Anschein nach auch entschlossen, den Referentenentwurf in der vorgelegten Form im Wesentlichen umzusetzen. Aber selbst wenn verschiedene Punkte des Entwurfs noch "nachgebessert" werden sollten, dürften die grundlegenden Eckpunkte kaum umgestoßen werden, jedenfalls soweit sich der verstärkt agierende Lobbyismus nicht durchsetzen sollte.

Eine insgesamt unveränderte Beibehaltung der HOAI⁸⁸ würde dagegen zu einem Pyrrhus-Sieg der Kammern und Verbände führen. Die Länder sind nicht gehindert, über den Bundesrat ihre eigenen pekuniären Interessen durchzusetzen. Darüber hinaus würde die HOAI dann früher oder später auf europäischer Ebene ganz "fallen". Solange mit der HOAI nichts geschieht, schadet das den Auftragnehmern erheblich mehr als den Auftraggebern: die Erosion und letztlich ersatzlose Abschaffung der HOAI wäre nicht aufzuhalten.

Darüber hinaus kann nur erstaunen, dass nach Meinung der Kammern und Verbände die Qualität der deutschen "Baukultur" - jenes schwer zu fassende Argument zum Beibehalt von staatlich verordneten Honoraren⁸⁹ - und der vor allem doch geistig-schöpferischen Architektenleistung allein mit dem Honorarrecht stehen und fallen soll. Die Qualität der Architekten- und Ingenieurleistung hängt nicht ausschließlich von den Gebührentatbeständen der "alten" HOAI mit ihren zahlreichen und komplizierten Berechnungsmodalitäten ab.⁹⁰ Die Leistung des Architekten und Ingenieurs ist auch ohnedies einer Vielzahl von Kontrollen unterworfen, die für ihren Wert - insbesondere aus Sicht des Auftraggebers und im Hinblick auf die allgemeine "Baukultur" - nicht weniger wichtig sind als die Honorierung. Das dürfte auch ein Blick ins europäische Ausland zeigen. Keiner der (seit Jahren aus unterschiedlichem Blickwinkel) intensiv mit dem Architektenrecht befassten Verfasser dieses Beitrags hat je gelesen oder gehört, neben der hiesigen Baukultur sei nur in den europäischen Ländern ein vergleichbarer Standard der Baukultur erreicht, die über eine ähnliche Gebührengarantie verfügten, d.h. in Luxemburg und

Griechenland⁹¹ ! Geschweige denn, dass in Finnland, Schweden und Frankreich die Baukultur untergegangen, das Land "unbewohnbar" geworden und von Architekten und Ingenieuren "befreit" worden sei (Matzig⁹²), weil in diesen Ländern die Honorarbildung allein dem freien Wettbewerb überlassen ist.⁹³ Schließlich ist auch in Deutschland der viel befürchtete "ruinöse Preiswettbewerb" bislang nicht eingetreten, obwohl die HOAI in der Praxis gern durch (unzulässige) Honorarvereinbarungen "umgangen"⁹⁴ und erst dann - oft fehlerhaft! - der Abrechnung zugrunde gelegt wird, wenn es zu einem Prozess um das Honorar kommt.⁹⁵

Im Ergebnis entlarvt sich die *polemische* Kritik an der Novellierung des staatlichen Gebührenrechts als Funktionärsaktionismus. Soweit sie sich hauptsächlich dagegen richtet, dass der Markt für Planungsleistungen dem Preiswettbewerb geöffnet werden soll,⁹⁶ fehlt es an einer nüchternen Auseinandersetzung mit den rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen für die Honorierung von Architekten- und Ingenieurleistungen, auch im unerlässlichen europäischen Vergleich.

85 S.o. I.

86 DAB 10/1976, 825 ff.

87 Vgl. schon oben III 1.

88 Z.B. gefordert vom Bund deutscher Baumeister, s. *ibr-online-Nachricht* v. 11.3.2008, s. auch oben III 1.

89 Schramm, FS für Pfarr, 2007, S. 190.

90 S. schon Schwenker/Wessel in: Messerschmidt/Voit, *Privates Baurecht*, Abschn. Q, Rdn. 84.

91 Vgl. dazu die ausführlichen Nachweise oben Fn. 27.

92 S.o. zu Fn. 13.

93 S. die Nachweise oben Fn. 27.

94 Vgl. etwa Schramm/Pfarr, *Zur Frage der Einhaltung der HOAI. Wie man den Mindestsatz unterschreiten und den Höchstsatz überschreiten kann in: Kalusche, W. (Hrsg.), BKI Handbuch Praxis, Lehre und Forschung der Bauökonomie (FS für Möller)*, 2005, S. 222ff.

95 Zur komplizierten Honorarberechnung der HOAI vgl. Schwenker/Wessel a.a.O., Rdn. 15 ff., 43 ff. sowie auch Wessel, *jurisPR-PrivBauR* 4/2008, Anm. 2 (sub. D1 m.w.N.).

96 So ausdrücklich - wie erwähnt (oben I, zu Fn. 14) - Arns.

