

**Titel:**

**§ 7 HOAI ist auch nach der Entscheidung des EuGH zum Verstoß der Mindest- und Höchstsätze der HOAI gegen Europarecht weiterhin anwendbar**

**Normenketten:**

BGB aF § 648a

AEUV Art. 258, Art. 260 Abs. 1, Art. 288 Abs. 3

RL 2006/123/EG Art. 15 Abs. 1, Abs. 2g, Abs. 3

MRVG Art. 10 § 1, § 2

BGB § 134, § 242

ZPO § 287 Abs. 2, § 522 Abs. 2, § 543 Abs. 2 S. 1

**Leitsätze:**

1. Im Verhältnis der Parteien zueinander ist die HOAI auch nach dem Urteil des EuGH vom 04.07.2019 (C-377/17) zum Verstoß der Mindest- und Höchstsätze der HOAI gegen Europarecht weiterhin noch anwendbar. Die Entscheidung des EuGH in einem Vertragsverletzungsverfahren führt nicht automatisch dazu, dass nationale Gerichte die als gemeinschaftsrechtswidrig erkannte nationale Rechtsnorm überhaupt nicht mehr anwenden dürfen. (Rn. 5 und 9) (redaktioneller Leitsatz)

2. Eine richtlinienkonforme Auslegung der HOAI, die zu einer Nichtanwendung des Mindestpreisgebots führt, ist nicht möglich, da die Regelungen zu den Mindest- und Höchstsätzen der Sinn und Zweck und somit der Kern der Regelungen der HOAI sind. (Rn. 13 – 14) (redaktioneller Leitsatz)

3. Soweit eine richtlinienkonforme Auslegung innerstaatlichen Normen nicht möglich ist, ist das Gericht auch nicht allein auf der Grundlage des Unionsrechts verpflichtet, die den Bestimmungen der Richtlinie zuwiderlaufenden Vorschriften seines innerstaatlichen Rechts unangewendet zu lassen. (Rn. 15) (redaktioneller Leitsatz)

4. Dem Unternehmer ist in dem Falle, in dem die tatsächlichen Voraussetzungen der Berechnung seines Vergütungsanspruchs streitig sind, für seine schlüssig dargelegte Vergütung eine Sicherheit ohne Klärung der Streitfragen zu gewähren. (Rn. 18) (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Honorarvereinbarung, Sicherheitsleistung, Richtlinie, gemeinschaftsrechtswidrig, Vertragsverletzungsverfahren, Mindestsätze, richtlinienkonform, Schlussrechnung, Berechnung, Unwirksamkeit

**Vorinstanz:**

LG Landshut, Teilurteil vom 13.12.2018 – 72 O 182/14

**Fundstellen:**

BauR 2020, 674

BeckRS 2019, 26538

NJW 2019, 3652

LSK 2019, 26538

NZBau 2020, 38

**Tenor**

1. Der Senat beabsichtigt, die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Landshut vom 13.12.2018, Az. 72 O 182/14, gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil er einstimmig der Auffassung ist, dass die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, der Rechtssache auch keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die Berufung nicht geboten ist.

2. Hierzu besteht Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 31.10.2019.

## Entscheidungsgründe

I.

1

Das angefochtene Urteil des Landgerichts beruht weder auf einem Rechtsfehler (§ 513 Abs. 1 ZPO), noch rechtfertigen nach § 529 ZPO zu berücksichtigende Tatsachen eine andere Entscheidung.

2

1. Die Beklagte stützt ihre Berufung im Wesentlichen auf zwei Punkte:

3

Zum einen habe das Landgericht die Höhe der Sicherheitsleistung unter Verkennung der Besonderheiten des Falles falsch festgesetzt und zu Unrecht allein auf die Entscheidung BGH NJW 2014, 2186 abgestellt. Zum anderen argumentiert sie seit der Entscheidung des EuGH zum Verstoß der Mindest- und Höchstsätze der HOAI gegen Europarecht (Urteil vom 04.07.2019, Az. C-377/17 = NVwZ 2019, 1120; beck-online), dass die mindestenssatzunterschreitende Honorarvereinbarung Bestand habe und nur diese Honorarvereinbarung maßgeblich für die Sicherheitsleistung nach § 648a a.F. BGB sei.

4

2. Die Argumentation der Beklagten vermag ihrer Berufung in keinem der beiden Punkte zum Erfolg verhelfen.

5

a) Es kommt im vorliegenden Fall für die Bemessung der Sicherheitsleistung nach § 648 a BGB a.F. nicht auf die Vereinbarung des Pauschalhonorars an, sondern auf die Mindestsätze nach der HOAI. Im Verhältnis der Parteien zueinander ist die HOAI auch nach der oben zitierten Entscheidung des EUGH weiterhin anwendbar (ebenso KG, Beschluss vom 19.08.2019, Az. 21 U 20/19; OLG Hamm, Urteil vom 23.07.2019, Az. 21 U 24/18; OLG Naumburg, Urteil vom 13.04.2017, Az. 1 U 48/11, jeweils zitiert nach beck-online; Stumberg BauR 2019, 1505).

6

aa) Das zitierte Urteil des EuGH erging in einem Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV zwischen der Europäischen Kommission und der Bundesrepublik Deutschland. Der Tenor der Entscheidung lautet: „Die Bundesrepublik Deutschland hat dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 15 I, II Buchst. g und III der RL 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt verstoßen, dass sie verbindliche Honorare für die Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren beibehalten hat“.

7

Inhaltlich führte der EuGH aus, dass die Anforderungen der HOAI, soweit sie die Mindest- und Höchstsätze für Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren festlegen, unter Art. 15 II Buchst. g der RL 2006/123/EG, fielen. Um mit den Zielen dieser Richtlinie vereinbar zu sein, müssten die im vorliegenden Fall streitigen Sätze als Anforderungen im Sinne dieser Bestimmung deshalb die drei in Art. 15 III dieser Richtlinie genannten Bedingungen erfüllen, d.h., sie dürften keine Diskriminierung darstellen und müssten zur Verwirklichung eines zwingenden Grundes des Allgemeininteresses erforderlich und verhältnismäßig sein. Zwar seien die ersten beiden Bedingungen erfüllt, die dritte Bedingung, die ihrerseits drei Untervoraussetzungen habe, jedoch nicht. Die deutsche Regelung lasse eine Inkohärenz erkennen, da neben Architekten und Ingenieuren auch andere nicht reglementierte Dienstleistungsanbieter Planungsleistungen erbringen könnten, die nicht die fachliche Eignung nachgewiesen haben, was nicht im Einklang mit dem an sich von der HOAI verfolgten Ziel einer hohen Qualität von Planungsleistungen stehe. Mindestsätze könnten nicht geeignet sein, ein solches Ziel zu erreichen, wenn für die Vornahme der Leistungen, die diesen Mindestsätzen unterliegen, nicht selbst Mindestgarantien gelten, die die Qualität dieser Leistungen gewährleisten können. Deshalb habe die Bundesrepublik Deutschland durch die verbindlichen Honorare für Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 15 I, II Buchst. g und III der RL 2006/123/EG verstoßen.

8

bb) Aus der Entscheidung selber ergibt sich mithin nicht, dass der EuGH die HOAI im Verhältnis von Privaten zueinander für unanwendbar erklärt hat. Eine derartige Verwerfungskompetenz für nationales Recht steht dem EuGH in einem Vertragsverletzungsverfahren auch nicht zu. Vielmehr stellt der EuGH lediglich fest, dass sich ein Mitgliedsstaat vertragswidrig verhalten hat (vgl. Streinz/Ehricke, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 258 Rn. 5, beck-online). Nunmehr muss die Bundesrepublik Deutschland gemäß Art. 260 Abs. 1 AEUV geeignete Maßnahmen treffen, um dem Urteil des Gerichtshofs Folge zu leisten, was für die Legislative insbesondere bedeutet, die europarechtswidrige Norm zu ändern oder aufzuheben (vgl. Streinz/Ehricke, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 260 Rn. 6, beck-online).

## 9

cc) Zwar gilt grundsätzlich, dass auch die nationalen Gerichte das Urteil zu beachten haben und die mit dem Unionsrecht unvereinbare Bestimmung nicht mehr anwenden dürfen; gegebenenfalls muss das nationale Recht unionsrechtskonform ausgelegt werden (vgl. Streinz/Ehricke, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 260 Rn. 6). Allerdings führt die Entscheidung des EuGH in einem Vertragsverletzungsverfahren nicht gleichsam automatisch dazu, dass nationale Gerichte die als gemeinschaftsrechtswidrig erkannte nationale Rechtsnorm überhaupt nicht mehr anwenden dürfen (vgl. KG, Beschluss vom 19.08.2019, Az. 21 U 20/19, Rn. 24; beck-online). Solange ein vom EuGH für vertragswidrig erklärtes nationales Gesetz noch nicht abgeändert oder aufgehoben ist, haben die Gerichte des betroffenen Staates dennoch die Pflicht, die Beachtung des EuGH-Urteils ihrerseits sicherzustellen (vgl. EuGH, Urteil vom 14.12.1982, Az. 314-316/81 und 83/82, zitiert nach [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu); Grabitz/Hilf/Nettesheim/Karpenstein, 67. EL Juni 2019, AEUV Art. 260 Rn. 11, beck-online). Dies geschieht grundsätzlich durch richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts (vgl. BVerfG, Beschluss vom 26.09.2011, Az. 2 BvR 2216/06 = NJW 2012, 669; beck-online).

## 10

Zu einer vollständigen Nichtanwendung bzw. Unwirksamkeit der HOAI käme man allerdings dann, wenn die europäische Norm, gegen die verstoßen wurde, unmittelbar im nationalen Recht des Mitgliedsstaates wirkt. Eine Umsetzung des Urteils durch nationale Rechtsakte würde dann nämlich darauf hinauslaufen, dass die Anwendung der Gemeinschaftsrechtsnorm dem Recht des einzelnen Mitgliedstaats untergeordnet wäre (vgl. EuGH Urt. v. 13.7.1972 - 48/71, BeckRS 2004, 73174, beck-online). Rechtsakten des Gemeinschaftsrechts kommt für den Fall eines Widerspruchs zu innerstaatlichem Gesetzesrecht auch vor deutschen Gerichten der Anwendungsvorrang zu (vgl. BVerfG, Beschluss v. 08.04.1987, Az. 2 BvR 687/85 = NJW 1988, 1459, beck-online).

## 11

Allerdings liegt hier ein solcher Fall nicht vor. Der EuGH-Entscheidung lässt sich gerade nicht entnehmen, dass das Preisrecht der HOAI gegen europäisches Primärrecht, welches allgemeine Geltung hat (vgl. Art. 288 Abs. 2 Satz 1 AEUV), verstößt, insbesondere nicht gegen die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) oder die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV).

## 12

dd) Auch die Richtlinie 2006/123/EG, gegen die das Mindestpreisgebot der HOAI verstößt, wirkt zwischen den Parteien des hiesigen Rechtsstreits nicht unmittelbar, vgl. Art. 288 Abs. 3 AEUV. Der EuGH hat in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass eine Richtlinie selbst nicht Verpflichtungen für den Einzelnen begründen kann. Würde die Möglichkeit, sich auf eine Bestimmung einer nicht oder unrichtig umgesetzten Richtlinie zu berufen, auf den Bereich der Beziehungen zwischen Privaten ausgedehnt, liefe das nämlich darauf hinaus, der EU die Befugnis zuzuerkennen, mit unmittelbarer Wirkung zu Lasten der Einzelnen Verpflichtungen anzuordnen, obwohl sie dies nur dort darf, wo ihr die Befugnis zum Erlass von Verordnungen zugewiesen ist (vgl. EuGH, Urteil vom 7.8.2018, Az. C-122/17 = IWRZ 2019, 76, beck-online). Eine „horizontale Direktwirkung“ gibt es nicht (vgl. EuGH, Urteil vom 19.01.2010, Az. C-555/07 = NJW 2010, 427, Rn. 46 m.w.N., zitiert nach beck-online). Die Auffassung, dass für die hier in Rede stehende Richtlinie 2006/123/EG (Dienstleistungsrichtlinie) deswegen etwas anderes gelten soll, weil sie die Beseitigung von europarechtswidrigen Beschränkungen der Dienst- und Niederlassungsfreiheit zum Ziel habe (so OLG Celle, Urteil vom 14.08.2019, 14 U 198/18 Rn.22 sowie Urteil vom 17.07.2019, Az. 14 U 188/18 Rn. 23 - 25; jeweils zitiert nach beck-online), vermag der Senat nicht zu teilen. Sie ist weder mit der Grundregel des § 288 Abs. 3 AEUV noch mit der ständigen Rechtsprechung des EuGH vereinbar. Auch ist der Entscheidung des Gerichtshofs zur HOAI gerade nicht zu entnehmen, dass sie im Hinblick auf die unionsrechtlichen Regelungen zur Dienst- und Niederlassungsfreiheit unmittelbare Wirkung zwischen

Privaten entfalten soll. Wie bereits weiter oben ausgeführt, hat der EuGH einen Verstoß der HOAI gegen die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) oder die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) in seinem Urteil gerade nicht festgestellt, sondern nur ausgesprochen, dass die Bundesrepublik Deutschland gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 15 I, II Buchst. g und III der RL 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt verstoßen hat.

### 13

ee) Somit bleibt es bei der oben bereits dargestellten (gem. Art. 4 Abs. 3 AEUV unionsrechtlichen) Pflicht, dass der Senat als nationales Gericht die HOAI richtlinienkonform auslegen muss, soweit dies möglich ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts findet eine solche Auslegung ihre Grenzen an dem nach innerstaatlicher Rechtstradition methodisch Erlaubten. Dabei können nur die innerstaatlichen Gerichte in den Grenzen des nationalen Verfassungsrechts beurteilen, inwieweit das innerstaatliche Recht eine richtlinienkonforme Auslegung zulässt (BVerfG, Beschluss vom 26.09.2011 - 2 BvR 2216/06 = NJW 2012, 669, beck-online).

### 14

Eine derartige Auslegung der HOAI, die zu einer Nichtanwendung des Mindestpreisgebots führt, ist dem Senat nicht möglich. Wie sich schon aus der Ermächtigung der Art. 10 § 1 und Art. 10 § 2 MRVG zum Erlass der HOAI ergibt, sind die Regelungen zu den Mindest- und Höchstsätzen der Sinn und Zweck und somit der Kern der Regelungen der HOAI. Eine Auslegung der HOAI ohne Berücksichtigung der Mindest- und Höchstsätze ist nicht möglich. Im Hinblick auf Art. 20 Abs. 2 GG darf die richterliche Auslegung nicht die verfassungsrechtliche Bindung des Richters an das Gesetz und den Willen des Gesetzgebers missachten (vgl. BVerfG, Beschluss vom 17. 1. 2013, Az.1 BvR 121/11 und 1 BvR 1295/11; BVerfG, Beschluss vom 26.09.2011, Az. 2 BvR 2216/06; BGH, Urteil vom 28.10.2015, Az. VIII ZR 158/11; BGH, Urteil vom 17.10.2012, Az. VIII ZR 226/11; BGH Urteil vom 26.11.2008, Az. VIII 200/05; jeweils zitiert nach beck-online).

### 15

Soweit eine richtlinienkonforme Auslegung nicht möglich ist, ist das Gericht auch nicht allein auf der Grundlage des Unionsrechts verpflichtet, die den Bestimmungen dieser Richtlinie, die alle Voraussetzungen erfüllen, um unmittelbare Wirkung zu entfalten, zuwiderlaufenden Vorschriften seines innerstaatlichen Rechts unangewendet zu lassen und damit die Möglichkeit der Berufung auf eine Bestimmung einer nicht oder unrichtig umgesetzten Richtlinie auf den Bereich der Beziehungen zwischen Privaten auszudehnen (EuGH IWRZ 2019, 76, beck-online).

### 16

ff) Somit bleibt die HOAI im hier zu entscheidenden Rechtsstreit zwischen Privaten weiterhin anwendbar. Für den hier zu entscheidenden Fall bedeutet das, dass die die Mindestvergütung nach der HOAI erheblich unterschreitende Vereinbarung eines Pauschalhonorars gem. § 134 BGB nichtig ist.

### 17

b) Der Senat ist ebenso wie das Landgericht der Auffassung, dass der Kläger die Sicherheitsleistung nach § 648a a.F. BGB auf Grundlage seiner schlüssigen Schlussrechnung verlangen kann.

### 18

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist dem Unternehmer in dem Falle, in dem die tatsächlichen Voraussetzungen der Berechnung seines Vergütungsanspruchs streitig sind, für seine schlüssig dargelegte Vergütung eine Sicherheit ohne Klärung der Streitfragen zu gewähren (vgl. BGH, Urteil vom 06.03.2014, Az. VII ZR 349/12 = NJW 2014, 2186, beck-online). Dies wird damit begründet, dass es dem Sicherheitsinteresse des Unternehmers, welches § 648a a.F. BGB schützen wollte, zuwiderliefe, wenn in einem langwierigen Rechtsstreit erst Klarheit über die tatsächlichen Voraussetzungen der Berechnung des Vergütungsanspruchs geschaffen werden müsste. Deshalb reiche eine schlüssige Darstellung aus (BGH, Urteil vom 06.03.2014, Az. VII ZR 349/12, Rn. 23, beck-online). Die Gefahr einer etwaigen Übersicherung des Unternehmers nimmt der BGH dabei ausdrücklich in Kauf.

### 19

Die Schlussrechnung des Klägers vom 26.11.2013 über 694.750,36 € (vgl. Klageschrift S. 6 f. und Sammelanlage D 2) ist als solches schlüssig und somit Grundlage für die Sicherheitsleistung.

### 20

Soweit die Beklagte mit einer Entscheidung des 21. Zivilsenats des Kammergerichts argumentiert (KG, Urteil vom 15.06.2018, 21 U 140/17, beck-online), folgt der Senat dem nicht. Der 21. Senat des Kammergerichts hält die oben zitierte grundlegende Entscheidung des BGH (die in einem Revisionsverfahren gegen das Urteil im Verfahren 21 U 174/10 des KG erging) nicht für richtig (KG a.a.O. Rn. 24), sondern ist der Auffassung, dass das Gericht die Sicherheitsleistung gem. § 287 Abs. 2 ZPO auch auf einen Betrag festsetzen kann, der niedriger ist als der sich aus der schlüssigen Schlussrechnung ergebende. Die daran anknüpfende Argumentation der Beklagten, die angefochtene Entscheidung des Landgerichts sei schon deswegen falsch, weil hier durch das Sachverständigengutachten vom 13.10.2016 feststünde, dass dem Kläger allenfalls ein Honorar in Höhe 218.619,16 € brutto zustehe, greift nicht durch. Zum einen wurde auf Seite 60 bzw. Seite 61 des genannten Gutachtens lediglich die Beweisfrage aus Ziffer I.1.1.1 des Beschlusses vom 21.07.2015 dahingehend beantwortet, dass die vertraglich vorgesehene Vergütung von 82.000,- € das sich aus der Mindestsatzregelung der HOAI ergebende Honorar erheblich unterschreitet. Zum anderen ist die Beweisaufnahme zur Höhe des Honorars nicht abgeschlossen (vgl. Berufungserwiderung vom 14.08.2019, Bl. 976/981 d.A., sowie die umfangreichen Einwendungen im Schriftsatz des Klägers vom 15.02.2017, Bl. 745/776 d.A.). Selbst wenn der Senat hier wie das Kammergericht entgegen der bisherigen BGH-Rechtsprechung die Höhe der Sicherheitsleistung gem. § 287 Abs. 2 ZPO anhand der jeweiligen Prozessrisiken schätzen wollte, würde es hier angesichts des aktuellen Sach- und Streitstands doch an einer ausreichend sicheren Schätzgrundlage fehlen.

II.

**21**

Der Senat ist weder verpflichtet, in einem Urteil nach mündlicher Verhandlung gem. § 543 Abs. 2 S.1 ZPO die Revision zuzulassen, noch gehindert, gem. § 522 Abs. 2 ZPO durch Beschluss zu entscheiden.

**22**

Was die Anwendung der HOAI angeht, so ist die vom OLG Celle vertretene abweichende Meinung in seinem Urteil vom 17.07.2019, Az. 14 U 188/18, schon nicht tragend für die Entscheidung gewesen. Vielmehr wies das OLG die Honorarforderung schon deswegen zurück, weil die Klägerin gem. § 242 BGB an ihre frühere Schlussrechnung gebunden sei. Die Ausführungen unter der Gliederungsziffer II.2 b) cc) stellen allenfalls zusätzliche (hilfsweise) Erwägungen dar, die im Übrigen nicht näher begründet werden. Auch im Urteil vom 14.08.2019, 14 U 198/18, wies das OLG Celle die Berufung schon aus anderen Gründen zurück: Das landgerichtliche Urteil sei nicht zu beanstanden, weil der von der Klägerin abgerechnete Leistungsumfang nicht dem vertraglich Vereinbarten entsprochen habe. Die Klägerin habe schon nicht nachvollziehbar dargelegt, dass ihre ursprüngliche Abrechnung deutlich unter den Mindestsätzen der HOAI liege. Jedenfalls sei die Honorarklage abzuweisen, weil ihr § 242 BGB entgegenstünde. Die anschließenden Ausführungen zur Anwendbarkeit der HOAI stellen nach Auffassung des Senats deshalb ebenfalls nur hilfsweise Erwägungen dar. Selbst wenn man darin eine selbständig neben der ersten Begründung stehende Alternativbegründung sehen wollte (vgl. MüKoZPOKrüger, 5. Aufl., § 543 Rn.15), läge kein Zulassungsgrund vor. Wie weiter oben dargelegt, gibt es zu den unter Ziffer I.1 erörterten Rechtsfragen eine gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung bzw. Rechtsprechung des EuGH. Weichen Oberlandesgerichte vereinzelt davon ab, ist das nach der Rechtsprechung des BGH allein kein Zulassungsgrund (BGH, Beschluss vom 27.11.2013, Az. VII ZR 371,12, Rn. 9, zitiert nach beck-online; MüKoZPOKrüger, 5. Aufl., § 543 Rn.5).

**23**

Letzteres gilt auch für die von der gefestigten Rechtsprechung des BGH abweichende Auffassung des Kammergerichts zur Bemessung der Sicherheitsleistung nach § 648a ZPO a.F.

**24**

Zusätzlich ist zu berücksichtigen ist, dass sowohl das Kammergericht als auch - in seiner Entscheidung vom 14.08.2019 - das OLG Celle die Revision zugelassen hat, so dass die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung abweichenden Rechtsauffassungen in den dortigen Verfahren geklärt werden können.

III.

**25**

Da die Berufung nach Auffassung des Senats keine Aussicht auf Erfolg hat, stellt er der Beklagten anheim, aus Kostengründen deren Rücknahme zu erwägen.

Es ist beabsichtigt, den Streitwert für das Berufungsverfahren auf 599.644,33 € festzusetzen.