



## HONORIERUNG NACH KÜNDIGUNG DES ARCHITEKTENVERTRAGES

### ■ DAS RECHT ZUR FREIEN KÜNDIGUNG DES AUFTRAGGEBERS UND SEIN „AUSGLEICH“

Der Gesetzgeber des am 01.01.1900 in Kraft getretenen BGB hat dem Besteller eines Werkes (= Bauherr, Auftraggeber) das Recht eingeräumt, bis zur Vollendung des Werkes jederzeit den Vertrag zu kündigen, ohne dass hierfür ein besonderer Grund oder eine weitere Rechtfertigung erforderlich wäre. Als Ausgleich für dieses freie Lösungsrecht des Bestellers vom nicht ausgeführten Vertrag<sup>(1)</sup> wurde dem „Unternehmer“ (= Werkunternehmer, Architekt etc.) durch § 649 Satz 2 BGB das Recht eingeräumt, trotz Kündigung die vereinbarte Vergütung zu verlangen. Da der Werkunternehmer durch eine solche freie Kündigung des Auftraggebers nicht schlechter aber auch nicht besser gestellt werden sollte, als wäre der Vertrag zu Ende geführt und das Werk vollendet worden, sah der Gesetzgeber eine Kürzung dieser Vergütung um

- kündigungsbedingte ersparte Aufwendungen,
- kündigungsbedingten anderweitigen Erwerb,
- böswillig unterlassenen anderweitigen Erwerb,

vor. Diese drei genannten Abzüge vom ansonsten ungeschmälernten Vergütungsanspruch mindern diesen gewissermaßen „automatisch“ schon bei seiner Entstehung. Der Auftraggeber muss insoweit keine besonderen Erklärungen abgeben und auch keine Aufrechnung erklären<sup>(2)</sup>. Wird also ein Architektenvertrag

vom Bauherrn aus freien Stücken gekündigt, steht dem Architekten nach § 649 Satz 2 BGB ein kraft Gesetzes um ersparte Aufwendungen, anderweitigen Erwerb und böswillig unterlassenen anderweitigen Erwerb geminderter Vergütungsanspruch zu.

Da nach allgemeinen Grundsätzen des deutschen Zivilprozessrechts derjenige, der einen Anspruch geltend macht, auch darzulegen und zu beweisen hat, aus welchem Grund und in welcher Höhe die Forderung erhoben wird, gehört die Berechnung ersparter Aufwendungen und die Ermittlung anderweitigen Erwerbs als Teil der Berechnung des Vergütungsanspruches auch in den Aufgabenbereich des Architekten.

Diese Gesetzesmechanik, dass sich ein Zahlungsanspruch kraft Gesetzes um ersparte Aufwendungen und anderweitigen Erwerb bzw. böswillig unterlassenen anderweitigen Erwerb mindert und der Anspruchsteller dies darzutun hat, ist im Übrigen keine Besonderheit des Werkvertragsrechts. Auch das allgemeine Schuldrecht (§ 326 Abs. 2 BGB) und das Dienstvertragsrecht (§ 615 Satz 2 BGB) kennen dieses Rege-lungsprinzip.

Diese kraft Gesetz eintretende Minderung des Vergütungsanspruches des Architekten bei vorzeitiger Vertragsbeendigung ist auch der Grund dafür, dass für die Prüffähigkeit einer Honorarschlussrechnung gemäß § 15 Abs. 1 HOAI Angaben zu ersparten Aufwendungen und anderweitigem Erwerb gemacht werden müssen. Ob diese Angaben inhaltlich und rechnerisch richtig sind, ist dann aber wiederum keine Frage der



Prüffähigkeit mehr, sondern der zutreffenden Honorarermittlung. Die Angaben zu ersparten Aufwendungen und anderweitigem Erwerb sollen den Auftraggeber (Besteller) im Hinblick auf die Prüffähigkeit einer Honorarschlussrechnung lediglich in die Lage versetzen, anhand der Darlegungen zu prüfen, ob nicht ein höherer Abzug vorzunehmen ist, als vom Architekten angesetzt wurde.

#### ■ GRUNDSATZ: KONKRETE ERMITTLUNG UND DARLEGUNG DER „ABZÜGE“

Über Jahrzehnte hinweg war es üblich und auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt, die kraft Gesetzes nach § 649 Satz 2 BGB von dem nach Kündigung verbleibenden Vergütungsanspruch vorzunehmenden „Abzüge“ in Gestalt ersparter Aufwendungen und anderweitigen Erwerbs zu pauschalieren.

*Pfarr<sup>(3)</sup>* hat darauf hingewiesen, dass bereits in der ab dem 01.07.1976 gültigen „Gebührenordnung der Architekten- und Vertragsbestimmungen“ eine Pauschalierung der ersparten Aufwendungen mit „in der Regel 40 %“ enthalten war. In Abkehr von einer jahrzehntelangen anderen Spruchpraxis, die die genannte Pauschalierung zuließ, hat der BGH mit Urteil vom 08.02.1996 in einem Fall, bei dem die Pauschalierung ersparter Aufwendungen mit 40 % **nicht** vertraglich vereinbart war, Folgendes entschieden:

*„Der Kläger hat zwar seine ersparten Aufwendungen mit 40 % angesetzt, er hat aber nichts dafür vorgetragen, wie er gerade zu diesem Prozentsatz unter Bezug auf den konkreten Auftrag gekommen ist. Es ist nicht ersichtlich, ob der Kläger von dem richtigen Begriff der ersparten Aufwendungen (bzw. anderweitigen Erwerbs und böswillig unterlassenen Erwerbs) ausgegangen ist. Auch erlaubt der Vortrag dem für höhere Beträge darlegungsbelasteten, aber über die Einzelheiten des Betriebs des Klägers nicht informierten Beklagten kein sachgerechtes Eingehen auf den Sachvortrag des Klägers.“*

*Der Senat hat allerdings in früheren Entscheidungen (vgl. Senatsurteile vom 06.06.1966 - VII ZR 136/65 = Schäfer/Finnern Z 301 Bl. 351 und vom 05.12.1968 - VII ZR 127, 128/66 = NJW 1969, 419) es für die Abrechnung eines Architektenvertrages genügen lassen, wenn lediglich ein Prozentsatz für ersparte Aufwendungen vorgetragen wird. Dies entspricht aber nicht mehr der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 649 BGB (vgl. zuletzt Senatsurteil vom 21.12.1995 - VII ZR 198/94 zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt). Der Senat hält deshalb auch für den Architektenvertrag an dieser Rechtsprechung nicht mehr fest.*

*Es reicht auch nicht, dass es beim Architektenvertrag weitgehend üblich ist, ersparte Aufwendungen mit einem Prozentsatz von 40 % zu vereinbaren. Anders als für den Vergütungsanspruch nach § 632 BGB und dem folgend nach § 649 Satz 2 BGB gilt nämlich für die ersparten Aufwendungen, dass sie konkret und nicht nach Maßgabe der Üblichkeit abzurechnen sind.*

*Nach alledem hat der Kläger zu seinen ersparten Aufwendungen nicht hinreichend vorgetragen.“*

Hatte damit der BGH der Pauschalierung der Abzüge vom Vergütungsanspruch gemäß § 649 Satz 2 BGB bereits unter dem Gesichtspunkt der (Verkehrs-) Üblichkeit eine Absage erteilt, und eine konkrete



Berechnung gefordert, erklärte er mit Urteil vom 10.10.1996 auch folgende in Formularverträgen übliche Pauschalierungsklausel

*„In den übrigen Fällen (= also abgesehen von den Fällen, in denen ein wichtiger Grund vorliegt, den der Auftragnehmer zu vertreten hat) behält der Auftragnehmer den Anspruch auf das vertragliche Honorar, jedoch unter Abzug der ersparten Aufwendungen, die mit 40 % für die vom Auftragnehmer noch nicht erbrachten Leistungen vereinbart werden.“*

nach §§ 11 Nr. 5 b und 10 Nr. 7 AGBG für unwirksam.

Wie bereits *Werner/Sieburg* und *Neuenfeld* zutreffend dargelegt haben, ist eine solche Pauschalierungsklausel jedoch nur dann unwirksam, wenn sie in einem vom Architekten vorgegebenen Formularvertrag enthalten ist. Wird hingegen eine Pauschalierungsklausel im Einzelnen zwischen den Vertragsparteien ausgehandelt oder vom Auftraggeber vorgegeben, bestehen zumindest nach der jetzigen Spruchpraxis des BGH hiergegen keine grundlegenden Einwendungen.

Welche Konsequenzen ergeben sich hieraus für den Architekten, der nach Kündigung des Architektenvertrages durch den Auftraggeber sein Honorar berechnen will? Er hat nach Maßgabe des gekündigten Vertrages konkret die von ihm ersparten Aufwendungen und seinen anderweitigen Erwerb zu ermitteln, diese in die Schlussrechnung einzustellen, im Prozess darzulegen und unter Beweis zu stellen, sofern er nicht von der 5 % Regel aus § 649 Satz 3 BGB Gebrauch macht (s.u.). Der BGH formuliert dies in seinem Urteil vom 08.02.1996 wie folgt:

*„Nach § 649 Satz 2 BGB hat der Werkunternehmer, dem nach § 649 Satz 1 BGB gekündigt wurde, einen Anspruch auf die vertragliche Vergütung. Er muss sich darauf unter anderem anrechnen lassen, was er durch die Kündigung an Aufwendungen erspart. Als erspart anrechnungspflichtig sind die Aufwendungen, die der Unternehmer bei Ausführung des Vertrages hätte machen müssen und die er wegen der Kündigung nicht mehr machen muss. Dabei ist auf die Aufwendungen abzustellen, die durch die Nichtausführung des konkreten Vertrages entfallen sind (vgl. z. B. *Staudinger/Peters, BGB, 13. Bearb., § 649, Rdn. 19*). Was er sich in diesem Sinne als Aufwendung anrechnen lässt, hat der Unternehmer vorzutragen und zu beziffern, denn in der Regel ist nur er dazu in der Lage (...).“*

Seit dem 01.01.2009 neu ist, dass der Gesetzgeber nunmehr in § 649 BGB eine Vermutung für die Höhe der Vergütung für den gekündigten Teil aufstellt. Danach soll die Vergütung lediglich 5 % betragen. Der Gesetzgeber unterstellt also ersparte Aufwendungen und anderweitigen Erwerb in Höhe von 95 %. Diese am Baugewerbe orientierte Zahl mit einem hohen Anteil an erspartem Material passt für die Situation von Architekturbüros nicht. Der Architekt sollte sich folglich nicht mit den 5 % begnügen, sondern konkret die Abzüge berechnen. Erfahrungswerte zeigen, dass die Abzüge bei Architektenleistungen in der Regel sehr gering sind und dem Architekten ein deutlich höherer Anteil an der Vergütung aus dem gekündigten Teil verbleibt. Zu befürchten – allerdings gerichtlich noch nicht entschieden – ist, dass die Rechtsprechung aufgrund der Vermutungsregelung im BGB nun die Anforderungen an die Substantiierung des Anspruches zulasten der Architekten verschärft.

## ■ DIE IM SINNE VON § 649 SATZ 2 BGB „ERSPARTEN AUFWENDUNGEN“

Nach bekannt werden der zitierten Entscheidung war sowohl unter Architekten als auch unter Juristen eine heftige Diskussion darüber entbrannt, was denn in der Praxis als „ersparte Aufwendung“ anrechnungspflichtig ist und was nicht. Diese Diskussion ist zwar noch nicht zum endgültigen Abschluss gekommen, hat jedoch zwischenzeitig etwas ruhigeres Fahrwasser gewonnen. Keine Schwierigkeiten bereitet zunächst die Feststellung, dass nur auf diejenigen Aufwendungen abzustellen ist, die durch die Nichtausführung des **konkreten Vertrages** entfallen sind. Auf die Frage, ob die Vertragskündigung möglicherweise Auswirkungen auf andere Verträge hatte oder hat, kommt es daher zumindest im Rahmen der ersparten Aufwendungen nicht an. Einigkeit besteht weiter darin, dass die „ersparten Aufwendungen“ die Höhe des nach § 649 Satz 2 BGB zu ermittelnden Vergütungsanspruches betreffen, der nichts mit dem landläufig gebrauchten Ausdruck „entgangener Gewinn“ zu tun hat. Es darf als betriebswirtschaftliche Binsenweisheit gelten, dass (Honorar)-Erlöse und Gewinn zwei Paar Schuhe sind. Dies gilt auch für den Vergütungsanspruch nach § 649 Satz 2 BGB.

Wie bei unbestimmten Rechtsbegriffen üblich, versucht man diese dadurch fassbar zu machen, dass man die hierunter zu subsumierenden Tatbestände positiv und/oder negativ abgrenzt. Im Falle des § 649 Satz 2 BGB heißt dies:

- ersparte Aufwendungen sind **nicht** allgemeine Geschäftskosten wie Miete, Gehälter fester Mitarbeiter, Vergütungen für Auszubildende, Unterhaltungsaufwand für Betriebsfahrzeuge, EDV-Anlagen etc. und sonstige projektunabhängige Vorhaltekosten<sup>(4)</sup>

Positiv abgegrenzt sind

- ersparte Aufwendungen diejenigen Personal- und Sachkosten, die deshalb entfallen, weil der konkrete Architektenvertrag nicht weiter ausgeführt wird, wie z. B. Honorare für nicht weiterbeschäftigte oder gar nicht erst eingestellte (echte) freie Mitarbeiter, sonstige aufgrund der Vertragsbeendigung gekündigte Mitarbeiter, Kosten für Verbrauchsgüter, wie Papier etc. und Kosten für Baustellenfahrten unter 15 km Entfernung.

Einsparbar und damit anrechnungsfähig sind mit anderen Worten nur die projektbezogenen variablen Vorhaltekosten für Personal- und Sachmittel. Kann ein Mitarbeiter des Architekten - gleich aus welchen Gründen - nicht gekündigt werden, können auch keine Aufwendungen erspart werden, selbst wenn der Mitarbeiter beschäftigungslos wäre. Die durch § 649 Satz 2 BGB vorgesehene Vergütungsforderung wurde im Übrigen gerade dazu geschaffen, das Risiko der Beschäftigungslosigkeit abzudecken<sup>(5)</sup>.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich auch, dass bei einem so genannten Ein-Mann-Büro keine Personalkosten „erspart“ werden können, da sich der Inhaber nicht selbst entlassen kann.

Um konkret darzulegen, ob und gegebenenfalls welche Aufwendungen, insbesondere Personalaufwendungen, erspart worden sind, ist es **zwingend** notwendig, darzustellen, in welchem **Zeitraum** und mit welchem Personalaufwand der Vertrag ausgeführt worden wäre. Ohne eine solche interne, auf die konkrete Zeitachse des gekündigten Vertrages bezogene Kalkulation lässt sich nicht ermitteln, wie lange die für die Vertragserfüllung erforderliche „Restlaufzeit“ gewesen wäre, und ob innerhalb dieses Zeitraumes insbesondere Personalaufwendungen überhaupt einsparbar gewesen sind.



Damit an dieser Stelle keine Missverständnisse entstehen:

Für die Ermittlung der ersparten Aufwendungen kommt es **nicht** darauf an, welchen - gegebenenfalls kalkulatorisch ermittelten - **Aufwand** der Architekt zur Vertragserfüllung hätte betreiben müssen, sondern ausschließlich darauf, welche Aufwendungen er ersparen konnte. Selbst wenn Personalaufwendungen „nutzlos“ waren, weil die Mitarbeiter für den gekündigten Auftrag nicht weiter eingesetzt werden konnten, rechtfertigt dies keinen Abzug vom Vergütungsanspruch, wenn die Personalkosten beim Architekten tatsächlich angefallen sind und er sie auch nicht durch Kündigung - zumutbar - sparen konnte.

Auch die Frage, ob Mitarbeiter des Architekten oder dieser selbst nach der Vertragskündigung an anderen Objekten gearbeitet haben, hat mit der Frage der ersparten Aufwendungen nichts zu tun. Dieser Aspekt kann allenfalls im Hinblick auf einen anrechnungspflichtigen „anderweitigen Erwerb“ eine Rolle spielen. Hierauf ist sogleich noch einzugehen.

Für die Ermittlung der anrechnungspflichtigen ersparten Aufwendungen kommt es schließlich nicht darauf an, in welchem Umfang und welcher Art und Weise der nach Abzug ersparter Aufwendungen verbleibende Vergütungsanspruch in betriebswirtschaftlicher Hinsicht einen Deckungsbeitrag auf die Gemeinkosten des Büros leistet oder nicht. Ob der nach Abzug ersparter Aufwendungen verbleibende Vergütungsanspruch seinen Deckungsbeitragsanteil leistet oder nicht, spielt für die Ermittlung der ersparten Aufwendungen rechtlich keine Rolle. Die Frage der Gemeinkostendeckung kann allenfalls im Hinblick auf einen „anderweitigen Erwerb“ von Bedeutung sein<sup>(6)</sup>.

Dass in der Honorar- und Gerichtspraxis die Feststellung, dass die konkret ermittelten ersparten Aufwendungen meist deutlich unter den pauschalierten 40 % liegen und sich gerade bei kleineren Büros gegen Null bewegen können, bisweilen Überraschung oder Unmut hervorruft, beruht häufig auf zwei falschen Grundvorstellungen:

Zum einen auf der falschen Vorstellung, dass Vergütung gleich Gewinn sei, was aber gerade nicht der Fall ist. Und zum zweiten auf der Ansicht, dass der Architekt durch eine Kündigung besser gestellt sei, als ohne Kündigung. Hierbei wird übersehen, dass der Vergütungsanspruch nach § 649 Satz 2 BGB der Ausgleich für das freie Kündigungsrecht des Auftraggebers ist und zum Zweiten wird verkannt, dass bei Architektenleistungen gerade der Personalkostenanteil überwiegt.

Dass Personalkosten aber nicht beliebig nach oben und unten gefahren werden können, müsste an und für sich hinlänglich bekannt sein. Im Unterschied zu Bauerrichtungsverträgen kommt bei Architektenverträgen die Tatsache zum Tragen, dass für die Erbringung von Planungsleistungen ein verhältnismäßig geringer variabler Materialeinsatz erforderlich ist und stattdessen überwiegend kurzfristig kaum veränderbare Personalkosten anfallen. Im Ergebnis ist daher der werkvertragliche Vergütungsanspruch des Architekten gemäß § 649 Satz 2 BGB dem dienstvertraglichen Vergütungsanspruch bei Annahmeverzug des Dienstherrn gemäß § 615 Satz 2 BGB stark angenähert. Der Wert des als erspart Anzurechnenden beschränkt sich beim Dienstleistenden nach § 615 Satz 2 BGB in vielen Fällen auf ersparte Fahrtkosten etc., die den Vergütungsanspruch nur geringfügig mindern.

#### ■ **ANDERWEITIGER ERWERB IM SINNE VON § 649 SATZ 2 BGB**



Neben den ersparten Aufwendungen muss sich der Architekt im Falle der Kündigung seines Auftraggebers nach § 649 S. 2 BGB auf seinen Vergütungsanspruch dasjenige anrechnen lassen, was er **infolge der Aufhebung des Vertrages** durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt.

Bereits aus dem Wortlaut des Gesetzes selbst geht hervor, dass nur diejenigen vom Architekten nach Vertragskündigung erzielten anderweitigen Einkünfte von seinem Vergütungsanspruch gegenüber dem Auftraggeber abzusetzen sind, die von ihm infolge der Vertragsaufhebung erzielt werden. Diese Voraussetzungen sind nicht schon dann gegeben, wenn der Architekt in der für die Erbringung der Leistung vorgesehenen Zeit anderweitig tätig ist, so wenn er beispielsweise schon bestehende Aufträge zeitlich vorziehen kann. Auch dann, wenn der Architekt nach der Kündigung neue anderweitige Aufträge hereinnimmt, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die betrieblichen Kapazitäten des Architekten dazu ausgereicht hätten, auch diese Aufträge neben der gekündigten Leistung auszuführen<sup>(7)</sup>.

Eine Anrechnung anderweitigen Erwerbs kommt mithin nur dann in Betracht, wenn ein kausaler Zusammenhang zwischen der Vertragskündigung und dem anderweitigen Erwerb besteht. Mit anderen Worten:

Der Architekt muss den anderweitigen Erwerb deshalb getätigt haben, **weil** sein Vertrag vom Auftraggeber gekündigt wurde. Dieser ursächliche Zusammenhang **begrenzt** gesetzlich die Anrechenbarkeit anderweitiger Einkünfte des Architekten auf seinen Vergütungsanspruch gegenüber dem früheren Auftraggeber. Für den Anwendungsbereich eines VOB-Bauvertrages hat das OLG Frankfurt diesen Kausalzusammenhang mit seinem Urteil vom 11. März 1986<sup>(8)</sup> wie folgt umschrieben:

*„Denn zwischen der Kündigung und der anderen gewinnbringenden Beschäftigung muss ein ursächlicher Zusammenhang bestehen; der Auftragnehmer (die Klägerin) muss „ausschließlich durch die Vertragskündigung“ in die Lage versetzt worden sein, einen anderweitigen Auftrag auszuführen und Gewinn aus ihm zu erzielen; konnte der Betrieb des Auftragnehmers neben dem gekündigten Auftrag weitere ausführen, so sind diese nicht anzurechnen.“*

Für den Bereich des Dienstvertragsrechts hatte der BGH den vorbezeichneten Ursachenzusammenhang in seinem Urteil vom 11.04.1957<sup>(9)</sup> wie folgt präzisiert:

*„Nach § 615 S. 2 BGB ist der Dienstverpflichtete gegenüber dem Dienstberechtigten nur verpflichtet, sich das anrechnen zu lassen, was er „infolge des Unterbleibens der Dienstleistung“ durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt. Das Gesetz stellt also ausdrücklich auf den ursächlichen Zusammenhang zwischen der Nichtannahme der Dienste und dem anderweitigen Erwerb ab. ... Es kommt somit nicht darauf an, ob der Kläger noch **irgendwelchen** anderweitigen Verdienst gehabt hat (was er selbst nicht bestreitet), sondern darauf, ob dieser Verdienst ihm erst durch das Freiwerden seiner Arbeitskraft, durch den Annahmeverzug der Gesellschaft möglich gemacht worden ist.“*

Überträgt man diese Rechtsgrundsätze sinngemäß auf die Vergütungsansprüche des Architekten gemäß § 649 S. 2 BGB, kommt eine Anrechnung anderweitigen Erwerbs nur in denjenigen seltenen Ausnahmefällen in Betracht, in denen der Architekt bis zur Kündigung des Vertrages mit seinem Büro voll ausgelastet



und erst durch die Kündigung in der Lage war, einen neuen Auftrag hereinzunehmen, den er ansonsten bei unterbliebener Kündigung hätte ablehnen müssen.

Was die Darlegungs- und Beweislast des Architekten angeht, wird man es genügen lassen müssen, dass der Architekt darlegt, dass er auch bei unterbliebener Vertragskündigung aufgrund seiner Bürokapazitäten in der Lage gewesen wäre, die nach Kündigung hereingenommenen Aufträge zu bearbeiten. Behauptet sodann der Auftraggeber das Gegenteil, ist er hierfür darlegungs- und beweisbelastet.

#### ■ BÖSWILLIG UNTERLASSENER ERWERB

Nach § 649 S. 2 BGB muss sich der Werkunternehmer auch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Kündigung durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft zu erwerben böswillig unterlässt.

Hierbei geht es nicht etwa um eine Gemeinkostendeckung für ineffektives Personal, wie *Quack*<sup>(10)</sup> zutreffend dargelegt hat.

Eine Anrechnung wegen böswillig unterlassenem anderweitigen Erwerbs kommt nur dann in Betracht, wenn der Werkunternehmer einen ihm möglichen Erwerb in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise unterlässt<sup>(11)</sup>.

Es handelt sich hierbei allerdings um seltene Ausnahmefälle, die in der Rechtsprechung praktisch keine Bedeutung haben<sup>(12)</sup>.

#### ■ „BÖSWILLIG NICHT ERSPARTE AUFWENDUNGEN“?

Bei dieser in § 649 S. 2 BGB nicht vorgesehenen Formulierung handelt es sich um eine Umschreibung des von kündigenden Auftraggebern hin und wieder vorgebrachten Einwandes, dass der Architekt nach Kündigung des Vertrages wesentlich mehr Kosten hätte einsparen können, als dies tatsächlich geschehen sei. Inhaltlich gesehen geht es darum, ob und unter welchen Voraussetzungen sich ein Architekt tatsächlich nicht ersparte Aufwendungen gleichwohl unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben anrechnen lassen muss. Denkbar sind dabei diejenigen Fälle mit sehr langer Vertragslaufzeit, bei denen der Architekt trotz Kündigung des Vertrages eine ihm **zumutbare** Reduzierung vorhabenbezogener Aufwendungen nicht vornimmt. Zu denken wäre hierbei daran, dass ein Architekt den für die Durchführung des gekündigten Vertrages eingestellten Bauleiter auch nach Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfristen nicht entlässt, obwohl nach den Marktgegebenheiten eine Neueinstellung kurzfristig möglich wäre, um erst einmal zu sehen, ob nicht zu irgendeinem späteren Zeitpunkt wieder ein Folgeauftrag hereinkommt. In diesen Fällen wird sich der Architekt so behandeln lassen müssen, als habe er nach einer zumutbaren Zeit den aufgrund der Vertragskündigung nicht mehr beschäftigten Mitarbeiter entlassen und dadurch Personalkosten eingespart.

Damit an dieser Stelle keine Missverständnisse aufkommen, ist ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass vom Architekten selbstverständlich nicht verlangt werden kann, einen langjährigen und hochqualifizierten Mitarbeiter, der bestens eingearbeitet und nicht ohne weiteres zu ersetzen ist, kurzfristig zu entlassen.



Vielmehr ist es dem Architekten zuzubilligen, den für seine Behauptung am Markt erforderlichen langjährigen Mitarbeiterstamm für eine ausreichende Zeit nach Vertragskündigung beizubehalten, damit er überhaupt in der Lage ist, weitere Aufträge auszuführen und damit zu überleben.

Da der Gesetzgeber die in der Überschrift genannte und nicht ohne Grund in Anführungszeichen gesetzte Formulierung nicht verwandt hat, kommt die genannte Anrechnung unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben nur in extremen Ausnahmefällen in Betracht. Diesbezüglich trägt im Übrigen der Auftraggeber die volle Darlegungs- und Beweislast.

## ■ PRÜFUNGSFÄHIGER AUFBAU DER HONORARSCHLUSSRECHNUNG NACH KÜNDIGUNG DES ARCHITEKTENVERTRAGES

Die Erstellung einer prüffähigen Honorarschlussrechnung bei vorzeitig beendetem Vertrag bereitet erfahrungsgemäß besondere Schwierigkeiten. Deshalb soll mit dem nachfolgenden Aufbauschema unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen eine Handreichung für die Praxis gegeben werden. Besonders hinzuweisen ist vorab noch darauf, dass nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf den kündigungsbedingten Vergütungsanteil keine Umsatzsteuer in Anrechnung zu bringen ist, da insoweit kein umsatzsteuerrechtliches Austauschgeschäft vorliegt<sup>(13)</sup>.

### AUFBAUSCHEMA FÜR EINE HONORARSCHLUSSRECHNUNG BEI VORZEITIG BEENDETEM VERTRAG

#### Beispielhaft zugrunde gelegte Fallkonstellation:

Architektenauftrag für Grundleistungen gemäß Anlage 11 HOAI sowie für bestimmte Besondere Leistungen Bauherr kündigt nach Erbringung der Phase 4

#### I. Honorar für die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen:

1. Bestimmung der Honorarzone, z. B. §§ 5, 34 i.V.m. Anlage 3 HOAI
2. Ermittlung der anrechenbaren Kosten gem. §§ 4, 32 HOAI
3. Ermittlung des Tafelwertes für die Grundleistungen aus § 33 i.V.m. Anlage 11 HOAI nach der Honorartafel des § 34 Abs. 1 HOAI, gegebenenfalls Interpolation (§ 13 HOAI)
4. Ermittlung des prozentualen Honoraranteils für die erbrachten Grundleistungen gem. § 33 HOAI
5. Ermittlung des Honorars für die vereinbarten und erbrachten Besonderen Leistungen (§ 3 Abs. 3 i.V.m. Anlage 2 HOAI)
6. Bei vereinbarter pauschaler Nebenkostenabrechnung (§ 14 Abs. 3 HOAI):  
Ermittlung des Nebenkostenanteils für die erbrachten Leistungen
7. Zwischensumme: Nettohonorar einschließlich Nebenkosten
8. Umsatzsteuer von 7.
9. Summe aus 7. + 8. = Honorar einschließlich Nebenkosten für erbrachte Leistungen

#### II. Honorar für gekündigte Leistungen:

10. Honorarzone und anrechenbaren Kosten wie unter 1. + 2., ggf. unter Rückgriff auf die Kostenschätzung (siehe § 6 Abs. 1 Nr. 1 HOAI)



11. Ermittlung des Tafelwertes für die Grundleistungen des § 33 i.V.m. Anlage 11 HOAI nach der Honorartafel des § 34 Abs. 1 HOAI, gegebenenfalls Interpolation (§ 13 HOAI)
12. Ermittlung des prozentualen Honoraranteils für die gekündigten, nicht erbrachten Grundleistungen gemäß § 33 HOAI
13. Ermittlung des Honorars für vereinbarte Besondere Leistungen (§ 3 Abs. 3 i.V.m. Anlage 2 HOAI), deren Umfang trotz Kündigung bestimmbar ist
14. Zwischensumme aus 12. + 13.
15. Ermittlung der kündigungsbedingten ersparten Aufwendungen bei Personal- und Sachkosten
16. Ermittlung des kündigungsbedingten anderweitigen Erwerbs
17. Zwischensumme aus 14. abzüglich 15. + 16. = Honorar für gekündigte Leistungen

### **III. Gesamt- und Resthonoraranspruch**

18. Summe aus 9. + 17. = rechnerisches Gesamthonorar
19. Betrag nach 18. abzüglich geleisteter Abschlagszahlungen = restlicher Honoraranspruch

RA Dr. Bernd Dammert  
Rechtsanwälte Dr. Dammert & Steinforth  
Ludolf-Colditz-Straße 42, 04299 Leipzig  
Tel.: (0341) 869050, Fax: (0341) 8690510  
rae@dammert-steinforth.de  
www.dammert-steinforth.de

Stand: 02/2010



- (1) Quack, Einige Probleme der Vergütungsabrechnung nach § 649 Satz 2 BGB, in: Festschrift für v. Craushaar, 1997, S. 309 (315)
- (2) Peters in: Staudinger, Kommentar zum BGB, § 649, Rz. 18
- (3) Pfarr, Ermittlung der ersparten Aufwendungen - aber wie?, Berlin 1997
- (4) Staudinger/Peters in: Staudinger, Kommentar zum BGB, § 649, Rz. 18
- (5) Quack, Einige Probleme der Vergütungsabrechnung nach § 649 Satz 2 BGB, in: Festschrift für v. Craushaar, 1997, S. 309 (316)
- (6) Quack, Einige Probleme der Vergütungsabrechnung nach § 649 Satz 2 BGB, in: Festschrift für v. Craushaar, 1997, S. 309 (315)
- (7) Peters in: Staudinger, Kommentar zum BGB, § 649, Rz. 26
- (8) BauR 1988, 599 (605)
- (9) BGH, WM 1957, 707 (709)
- (10) Quack, Einige Probleme der Vergütungsabrechnung nach § 649 Satz 2 BGB, in: Festschrift für v. Craushaar, 1997, S. 315
- (11) Soergel, in: Münchener Kommentar, § 649, Rz. 15
- (12) Quack, Einige Probleme der Vergütungsabrechnung nach § 649 Satz 2 BGB, in: Festschrift für v. Craushaar, 1997, S. 315
- (13) BGH: BauR 1981, 198 (199); BauR 1986, 577; NJW 1987, 3123; BauR 1992, 231