zeptanz von Verhaltensregeln (Ausführungskriterien) gehen soll, die Vertragsbestandteil werden, dann geht es der Sache nach bei fehlender Akzeptanz des Bieters schlichtweg um dessen *Ausschlussnotwendigkeit* auf erster Wertungsstufe. Der Bieter akzeptiert nämlich die Leistungsbeschreibung nicht, die in diesem Fall atypischerweise *soziale* Verhaltensregeln enthält; bezogen auf innovative und ökologische Leistungs- (und damit Verhaltens-) Anforderungen sind sie allerdings wieder in der Leistungsbeschreibung typisch.

5. Soziale, vergabefremde Kriterien ohne konkretes Gesetz

Es fragt sich allerdings, ob es im Extremfall nicht doch zur Einführung von „vergabefremden" sozialen Aspekten *ohne* das erforderliche konkrete Gesetz nach Satz 3 der Vorschrift kommt. Denn in bestimmten Branchen arbeiten insbesondere mittelständische Auftragnehmer fast ausschließlich für öffentliche Auftraggeber, beispielsweise im Straßen- und Schienenverkehr. Wenn sie gemäß Ausschreibung jedes Mal auftragsbezogen für die Dauer der Ausführungszeit die Entgeltgleichheit oder Beschäftigungsgleichheit[34] von Frauen und Männern abzusichern haben, wird damit de facto das entsprechende gesellschaftspolitische Ziel des speziellen öffentlichen Auftraggebers durchgesetzt. Gleiches würde auch bei Mindesttariflöhnen gelten. Aus der auftragsbezogenen Umstellung des Auftragnehmerbetriebs würde so seine *dauerhafte* Umstellung – zumal ohnehin fraglich ist, ob und inwieweit die Rückkehr zur eigentlichen Geschäftspolitik des Auftragnehmers nach Auftragsbeendigung arbeitsrechtlich überhaupt möglich ist. Es geht nicht darum, ob diese gesellschaftspolitischen Ziele „gut" oder „schlecht" sind, es geht jetzt aber darum, dass sie in vielen Fällen nicht mehr wie bislang gefordert nur auf Grund oder durch ein *konkretes* Gesetz möglich sind. Nunmehr gibt es ein *allgemeines* „Basisgesetz", welches eine soziale Ausgestaltung nach Wunsch des jeweiligen öffentlichen Auftraggebers zulässt. Wieder einmal ist die Vergaberechtsprechung gefordert, den richtigen Weg zu finden, und zwar gerade unter Berücksichtigung der Tatsache, dass das Vergaberecht keine eigenständige Rechtsmaterie mit speziellem „Sonderleben" darstellt, sondern in die Gesamtordnung des deutschen Kartell- und Wettbewerbsrechts als vierter Teil des GWB einsortiert wurde, um dem Ziel der Realisierung einer sozialliberalen Wirtschaftsordnung verhaftet zu bleiben, in der grundsätzlich die freien Kräfte des Marktes entscheidend und Sonderbevorzugungen spezieller Gesellschaftsgruppen fremd sind[35]. Unter diesem Blickwinkel fragt sich, ob es wirklich die nach der Gesetzesbegründung in der Leistungsbeschreibung zu verlangende Angemessenheit der Bezahlung des Wachpersonals ist, die dessen Qualität definitiv absichert. Damit könnten auch diejenigen diskriminiert werden, die trotz „unangemessener" Bezahlung bessere Leistung abliefern. Nicht, dass dieser Zustand wünschenswert wäre, aber: Nach wie vor ist es die bessere Leistung, die eine bessere Bezahlung nach sich zieht, und nicht umgekehrt. **Fazit:** Innovative und ökologische Aspekte erscheinen schlüssig über die Aufnahme in die Leistungsbeschreibung steuerbar, soziale Aspekte weniger. Sie passen zu wenig in das wettbewerblich orientierte Vergaberecht[36]. ■

34 Krit. hierzu *Frenz*, NZBau 2007, 17 (23).
35 S. *Stockmann*, ZWeR 2003, 37 (41 ff., 56); ferner krit. auch *Dreher*, in: *Immenga/Mestmäcker* (o. Fußn. 18), § 97 Rdnr. 176.
36 So wohl auch bereits *Burgi*, NZBau 2001, 64 (65 u. 72 f.).

Entscheidungsanmerkung

Rechtsanwalt und Anwaltsmediator Friedrich-Karl Scholtissek, Hamburg

Architektenhonorarschlussrechnung – Bindungswirkung und Vertrauensschutz*

An kaum einer anderen Stelle wird das Spannungsverhältnis zwischen dem Architekten und seinem Auftraggeber so deutlich, wie bei dem Thema der Bindungswirkung des Planers an die gelegte Honorarschlussrechnung beziehungsweise das einmal vereinbarte Honorar. Die Auffassungswelten der Auftraggeberseite, ein einmal vereinbartes Honorar und eine hierauf begründete Honorarschlussrechnung zu zahlen, schließe Nachforderungen aus, konkurriert mit dem zwingenden Preisrecht der HOAI und dem Nachforderungsbegehren des Planers. Dies gilt insbesondere dann, wenn Honorarvereinbarungen getroffen worden sind, die unter den Mindestsätzen der HOAI liegen. Mit seiner jüngsten Entscheidung zu diesem Thema zeigt der BGH auf, wie tatsächlich reduziert das häufig von der Auftraggeberseite postulierte Vertrauen in eine vom Architekten gelegte Schlussrechnung ist.

I. Bindungswirkung der Architektenschlussrechnung – noch immer ein Thema

Mit der Kehrtwende der Rechtsprechung zur Bindungswirkung an die Architektenhonorarschlussrechnung und damit verbunden die Aufgabe der bis 1992 geltenden restriktiven Auffassung, der Architekt sei an die einmal gelegte Honorarschlussrechnung gebunden, war nicht nur ein Abgesang auf das bisher Judizierte, sondern auch eine umfassende Wendung mit den zwei Entscheidungen des *BGH* aus dem Jahre 1992[1] eingeleitet worden. Im Übrigen wurde auch hiermit bereits der erforderliche Katalog (vgl. unten) aufgestellt, den es zu prüfen galt, um die Frage zu beantworten, ob der Auftraggeber sich unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben auf die einmal gestellte Schlussrechnung des Architekten verlassen kann und damit gegebenenfalls Nachforderungen ausgeschlossen sind.

Mit seiner nunmehr hierzu ergangenen aktuellen Entscheidung macht der *VII. Zivilsenat* des *BGH* in Ergänzung zu seiner bisherigen Rechtsprechung deutlich, dass der Auftraggeber sich insbesondere auch nicht darauf verlassen kann, dass dann, wenn er die vom Architekten gelegte Schlussrechnung bezahlt hat, letztgenannter mit Nachforderungen aus-

* Besprechung zu *BGH*, Urt. v. 23. 10. 2008 – VII ZR 105/07, NZBau 2009, 33 (unter Nr. 1 in diesem Heft). – Der Autor ist Gründungspartner der: SK-Rechtsanwälte *Scholtissek: Krause-Allenstein* in Hamburg.
1 *BGH*, NJW 1993, 659 = BauR 1993, 236; *BGH*, NJW 1993, 661 = BauR 1993, 239 = ZfBR 1993, 68 = LM, H. 6/93, § 242 (Cd) BGB Nr. 324 und 325, jew. m. Anm. *Koeble*; *Scholtissek*, DAB 1992, 567; *ders.*, BauR 1993, 394; vgl. auch *BGH*, NJW 1995, 401 = BauR 1995, 126 = ZfBR 1995, 73; *BGHZ* 136, 1 = NJW 1997, 2329 = BauR 1998, 815.

geschlossen ist. Denn um hier von einem Verbot eines Nachforderungsrechts des Architekten auszugehen, bedarf es einer Mehrzahl von Voraussetzungen, die additiv gegeben sein müssen, damit sich der Auftraggeber auf ein entsprechend seinerseits eingerichtetes Vertrauen auf die Schlusszahlung berufen kann. Das in diesem Zusammenhang häufig von der Auftraggeberseite aufgerufene Argument der Unzumutbarkeit bezüglich der geltend gemachten Nachforderungen des Architekten ist allerdings – dies stellt der *BGH* eindeutig klar – nicht ein isoliertes lediglich vorzutragendes Argument, sondern bedarf einer tatsächlich zusätzlichen nachhaltigen Belastung des Auftraggebers, die für diesen eine besondere Härte zur Folge haben muss; hierbei sind die Gerichte aufgefordert, die Umstände des gesamten Einzelfalls zu überprüfen und insbesondere auch – was häufig bei den Instanzgerichten gänzlich vernachlässigt wird – die Interessen des Architekten und das zwingende Preisrecht der HOAI mit in die Gesamtbewertung einzustellen. Dass all dies bei der Wertung des Einzelfalls mit in die Berücksichtigung und damit auch in die Gesamtschau des Gerichts einfließen muss, unterstreichen die Karlsruher Richter insbesondere auch dadurch, dass die HOAI als zwingendes Preisrecht vom Gericht mit in den Fokus eingeführt werden muss, dem Architekten also gerade ein entsprechendes Mindest-Honorar auch garantiert werden soll[2]. Wie sorgfältig im Übrigen sich der *BGH* mit der erforderlichen Einzelfallwertung beschäftigt und diese zum Maßstab seiner Entscheidung macht, zeigt das nachhaltige Auseinandersetzen mit den Argumenten der Auftraggeberseite. Auch hieran wird sehr deutlich, dass das schutzwürdige Interesse des Auftraggebers, sich gegen Nachforderungen des Architekten nach dem Legen der Honorarschlussrechnung zu wenden, ausgesprochen hohe Hürden demselben auferlegt. So bedarf es einer umfassenden Prüfung, ob tatsächlich ein schutzwürdiges Einrichten des Auftraggebers auf die einmal gelegte und auch bezahlte Schlussrechnung vorliegt. Ein bloßes hierauf Berufen auftraggeberseitig ist nicht ausreichend. Wird darüber hinaus konsequenterweise der Mindestpreischarakter der HOAI bejaht und damit auch die Dispositionsbefugnis der Parteien bezüglich des Architektenhonorars erheblich eingeschränkt, so ist es ebenso zwingend, Auftraggebereinwendungen als nicht durchgreifend zu bewerten, die dem Architekten vorhalten, dieser habe sich schon deshalb unredlich verhalten, weil er sich auf die HOAI-Mindestsätze beruft und zunächst das Aktivieren derselben nur deshalb im Rahmen seiner gelegten Schlussrechnung nicht durchgeführt hat, weil er die Erwartung hegte, mit einem weiteren Auftrag des Auftraggebers betraut zu werden. Der Planer unternimmt hier nichts anderes, als das, was der Verordnungsgeber der HOAI ihm ohnehin zugebilligt hat.

Diese Entscheidung zeigt aber gleichermaßen auch – und dies wird in der untergerichtlichen Praxis immer wieder bestätigt –, dass trotz der sehr ausdifferenzierten höchstrichterlichen Rechtsprechung Nachforderungen des Architekten nach gelegter Schlussrechnung erhebliche Hindernisse – mindestens aus auftraggeberseitiger Sicht – entgegenstehen, es sich bei genauer Betrachtung jedoch um solche gerade nicht handelt, wie der *BGH* völlig zutreffend unterstreicht.

II. Einwendungen des Auftraggebers gegen Nachforderungen des Planers – Abwehrmöglichkeiten des Architekten

1. Grundsätzliches

Für das Grundverständnis ist zunächst maßgeblich, die Regelung des § 4 I HOAI zu beachten. Danach richtet sich das Honorar nach der schriftlichen Vereinbarung, die die Vertragsparteien bei Auftragserteilung im Rahmen der durch die HOAI festgesetzten Mindest- und Höchstsätze treffen. Damit sind die maßgeblichen Parameter vorgegeben, nämlich die schriftliche Vereinbarung, zum Zeitpunkt der Auftragserteilung unter Berücksichtigung der Spannbreite der Mindest- und Höchstsätze, wie sie sich in den Honorartafeln der HOAI wieder finden. Liegt eine derartige Honorarvereinbarung nicht vor, die also nicht schriftlich und nicht bei Auftragserteilung getroffen worden ist, so ist der entsprechend zu berechnende Mindestsatz (§ 4 IV HOAI) maßgeblich, der dem Planer sodann zusteht.

2. Wirksames Unterschreiten von Mindestsätzen

Einmal abgesehen von der Variante, dass die HOAI auf die vom Planer zu erbringenden Leistungen ohnehin keine Anwendung findet und damit also auch nicht der Mindestpreischarakter der HOAI – und damit auch nicht das zwingende Preisrecht dieser Verordnung – zur Anwendung kommt, sind der HOAI grundsätzlich nur zwei Varianten bekannt, wonach eine Unterschreitung der Mindestsätze zulässig ist. Einerseits wird dies bestimmt durch die Regelung gem. § 4 II HOAI, nämlich dann, wenn ein Ausnahmefall vorliegt und eine schriftliche Honorarvereinbarung insoweit zwischen den Parteien getroffen worden ist[3].

Eine von den Mindestsätzen abweichende Honorarvereinbarung kann letztendlich auf der Grundlage von § 4 a HOAI zustande kommen; dies mit der Maßgabe, dass sich nämlich die Parteien auf eine Kostenermittlung, entweder der Kostenberechnung oder des Kostenanschlags geeinigt haben, um hierauf die Honorarbewertung vorzunehmen. Ein Abgleich unter Berücksichtigung einer Honorarermittlung auf der Grundlage gem. § 10 II HOAI kann sodann ohne Weiteres dazu führen, dass sich hierbei ein Unterschreiten der Mindestsätze ergibt. Dies ist jedoch bei einer entsprechenden wirksamen Regelung gem. § 4 a HOAI dann wohl nicht zu beanstanden. Wirksamkeitsbedenken hinsichtlich dieser Bestimmung bleiben jedoch.

3. Vorwerfbare arglistige Täuschung des Architekten

Bereits entschieden ist vom *BGH*[4], dass dann, wenn der Architekt über das Honorar den Auftraggeber arglistig getäuscht hat, eine Korrektur über den Grundsatz von Treu und Glauben zu Gunsten des Auftraggebers bezogen auf etwaige Nachforderungen des Planers hergeleitet werden kann. Um allerdings auftraggeberseitig mit dieser Einwendung Erfolg zu haben, bedarf es einer konkreten auftraggeberseitigen Darlegung, dass sich der Auftraggeber des Architekten bei entsprechend ordnungsgemäßer, an den Maßstäben der HOAI orientierten Honorarbewertung nicht in ein Vertragsverhältnis mit dem Architekten begeben hätte und darüber hinaus ihm auch eine zulässige Möglichkeit eröffnet worden wäre, mit einem anderen Planer eine wirksame Honorarvereinbarung unter den Mindestsätzen der HOAI abzuschließen. Dies wird auftraggeberseitig nur dann dargelegt werden können, wenn ein Ausnahmefall gem. § 4 II HOAI vorliegt; bei der diesbezüglich restriktiven Rechtsprechung ist dies kaum als wirksame Einwendung des Auftraggebers anzunehmen[5].

---

2 Zur Bestätigung des Mindestpreischarakters der HOAI vgl. *BGH*, NZBau 2005, 285 = NJW-RR 2005, 669, sowie *BVerfG*, NZBau 2006, 121.

3 Wann ein Ausnahmefall vorliegt vgl. hierzu grds. *BGH*, NJW 1997, 2329 = LM, H. 10/1997, HOAI Nr. 35 m. Anm. *Koeble* = ZfBR 1997, 250 = BauR 1997, 677; vgl. auch Übersicht *Koeble*, in: *Kniffka/Koeble*, Kompendium des BauR, 3. Aufl. (2008), 12. Teil, Rdnr. 272.

4 So *BGH*, NJW 1993, 661 = BauR 1993, 239 = ZfBR 1993, 68.

5 Vgl. *BGH*, NJW 1997, 2329 = LM H. 10/1997, HOAI Nr. 35 m. Anm. *Koeble* = ZfBR 1997, 250 = BauR 1997, 677.

4. Bindungswirkung gemäß den Treu-und-Glauben-Grundsätzen

Damit sich der Auftraggeber wirkungsvoll auf eine Bindungswirkung der Architektenhonorarschlussrechnung berufen kann, ist es entsprechend der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zwingend erforderlich, dass insgesamt fünf Voraussetzungen vom Auftraggeber dargelegt werden, die sämtlichst, also vollständig, vorliegen müssen, damit der auftraggeberseitige Einwand auf der Grundlage der Treu-und-Glauben-Grundsätze tatsächlich gegenüber einer Nachforderung des Architekten, bezogen auf Mindestsatzhonorare, die dieser also letztendlich geltend macht, wirksam durchgreift.

a) *Widersprüchliches Verhalten des Architekten.* Ob von einem widersprüchlichen Verhalten des Architekten auszugehen ist, ist ebenso an dem Einzelfall unter Berücksichtigung aller diesen prägende Umstände zu bewerten. Beruft sich diesbezüglich allerdings der Auftraggeber selbst auf eine unwirksame Honorarvereinbarung, ist das Verhalten des Planers späterhin nicht widersprüchlich, rechnet er sodann auf der Grundlage der Mindestsätze der HOAI entgegen der bisherigen Honorarvereinbarung ab[6]. Der insoweit darlegungs- und beweispflichtige Architekt[7] kann sich derartigen Einwendungen des Bauherrn insbesondere dadurch entziehen, dass er sich auf veränderte Objektausführungsparameter, abgeänderte Anforderungen des Auftraggebers, erhöhte anrechenbare Kosten, also eine sich bezogen auf das Objekt veränderte Gesamtsituation unter Berücksichtigung der Ausgangslage, zum Zeitpunkt der Honorarvereinbarung beruft[8]. Folglich sollte die Ausgangsannahme, auf der die ursprüngliche Objektplanung beruht, bestmöglich im Architektenvertrag dokumentiert werden; umso einfacher sind späterhin die Abweichungen nachzuweisen.

b) *Begründetes Vertrauen des Auftraggebers.* In aller Regel wird davon auszugehen sein, dass der Auftraggeber seinerseits zunächst einmal auf die wirksame Vereinbarung bezogen auf das Honorar mit dem Architekten vertraut hat. Dies allemal dann, wenn der Auftraggeber mit Honorarabrechnungen und dem System der HOAI nicht vertraut ist. Anders hingegen dann, wenn es sich um einen versierten Bauherrn handelt, der Mehrfacherfahrungen im Bauen hat. Will sich der Architekt darauf berufen, dass tatsächlich ein Vertrauen des Auftraggebers in die getroffene Honorarvereinbarung nicht vorliegt, so obliegt ihm diesbezüglich die Darlegungslast[9].

c) *Das Vertrauendürfen des Auftraggebers.* Der Auftraggeber musste auch darauf vertrauen dürfen, dass eine wirksame Honorarvereinbarung mit dem Architekten abgeschlossen wurde. Für sämtliche Auftraggeber, die mit der HOAI mehrfach oder ständig zu tun haben, fällt spätestens an dieser Stelle ein Vertrauensschutz und damit ein Berufen auf Treu und Glauben weg. Dies gilt aber auch gleichermaßen für denjenigen Auftraggeber, der sich bereits vor der Auftragserteilung eines fachversierten Beteiligten, wie etwa eines Projektsteuerers oder aber einer anwaltlichen Vertretung bedient[10].

d) *Auftraggeberseitiges Einrichten auf vereinbartes Honorar/Schlussrechnung.* Das Einrichten auf die einmal vom Architekten gelegte Schlussrechnung durch den Auftraggeber ist eine weitere Voraussetzung, die der Bauherr darzulegen hat, um für sich die Treu-und-Glauben-Regelung zu aktivieren. Hier wird ein konkreter Vortrag von der Auftraggeberseite zu fordern sein. Bloße Hinweise seitens des Bauherrn, er habe sich diesbezüglich unter Inbezugnahme auf seine Finanzierung auf das vereinbarte Honorar mit dem Architekten eingestellt, ist nicht ausreichend[11]. Nach der jüngsten Entscheidung des *BGH* hilft es dem Auftraggeber in diesem Zusammenhang auch nicht, sich quasi kumulierend darauf zu berufen, die Nachforderung des Architekten sei erheblich zeitversetzt nach der Legung der Schlussrechnung erfolgt. Hierauf kommt es nicht an. Diesbezüglich ist es lediglich maßgeblich, welche Maßnahmen die Auftraggeberseite im Hinblick auf ein schützenswertes Vertrauen nämlich vorgenommen oder gegebenenfalls unterlassen hat. Hierzu bedarf es eines konkreten Sachvortrags der Auftraggeberseite. Dem nur allzu häufig vorgebrachten Einwand des Bauherrn, schon alleine der Zeitablauf im Abgleich von der gelegten Schlussrechnung und der geltend gemachten Nachforderung würde eine allgemeine Lebenserfahrung zu Grunde liegen, dass der Auftraggeber eben mit entsprechenden Nachforderungen nicht mehr rechnen musste oder durfte und schon vor dem Hintergrund dieses Zeitmoments sei eine Lebenserfahrung zu bejahen, dass man sich auftraggeberseitig auf keine Nachforderungen mehr eingestellt habe, erteilt nunmehr auch der *BGH* in seiner jüngsten Entscheidung eine Absage. Hiermit wird konkretisierend durch den *VII. Zivilsenat* unterstrichen, dass ein nachvollziehbarer und auch gegebenenfalls unter Beweis zu stellender Vortrag durch den Auftraggeber erforderlich ist, um auch das tatsächliche Einrichten auf keine weiteren Nachforderungen nachvollziehbar zu machen.

e) *Unzumutbarkeit der Zahlung über das ursprünglich Vereinbarte hinaus.* Eine Nachforderung des Architekten über die einmal gelegte Schlussrechnung oder das einmal vereinbarte Honorar hinaus muss für den Auftraggeber unzumutbar sein. Hiervon kann nur dann ausgegangen werden, wenn die Nachforderung des Planers zu unter keinen Umständen mehr vertretbaren Folgen auf der Auftraggeberseite führen. Hat sich die Auftraggeberseite dergestalt auf das vereinbarte Honorar eingerichtet, indem der Preis für das Objekt – welches für den Abverkauf gedacht ist – sich am vereinbarten Pauschalhonorar orientiert, so kann dies zu einer unzumutbaren Härte für den Auftraggeber führen[12]. Dieses Kriterium wird man nicht an einem Prozentsatz festmachen können mit der Maßgabe, dass ab einer bestimmten Überschreitung der Nachforderung die Unzumutbarkeit zu bejahen ist.

Nach der jüngsten Entscheidung des *BGH* ist ein Mehrvergütungsverlangen des Architekten in Höhe von über 747 000 Euro ausgehend von einem vereinbarten Pauschalhonorar von 850 000 Euro, also ein geltend gemachter Mehrvergütungsanspruch von über 85%, kein Grund, isoliert bei dieser Betragsbetrachtung von einer unzumutbaren Honorarmehrforderung auszugehen. Die Betragsbetrachtung alleine ist nicht ausreichend. Es kommt auf eine Gesamtbetrachtung der Umstände des Einzelfalls an. Hierbei wird es auch einen Unterschied machen, ob es sich um eine Maßnahme beispielsweise eines Einfamilienhauses und einen Auftraggeber, der ein- oder zweimalig baut oder um einen Auftraggeber, der im Zuge von ständigen Betriebserweiterungen

6 Vgl. hierzu *OLG Oldenburg*, BeckRS 2003, 10765, BauR 2004, 526.
7 *OLG Köln*, NJW-RR 2007, 455; *Locher/Koeble/Frik*, HOAI, 9. Aufl. (2005), § 4 Rdnr. 84.
8 So *OLG Oldenburg*, BeckRS 2003, 10765, BauR 2004, 526.
9 *OLG Brandenburg*, Urt. v. 24. 1. 2007 – 4 U 123/06 (rechtskräftig durch Beschl. des *BGH*, BauR 2008, 127); *KG*, NJOZ 2007, 3980 = BauR 2008, 855.
10 *OLG Frankfurt a. M.*, BauR 2007, 1906; vgl. hierzu auch *Koeble*, in: *Kniffka/Koeble* (o. Fußn. 3), 12. Teil Rdnr. 278.
11 *OLG Düsseldorf*, BauR 2002, 510; *Werner/Pastor*, Der Bauprozess, 12. Aufl. (2008), Rdnr. 721 m. w. Nachw.
12 *BGH*, BauR 1997, 677.

oder im professionell gewerblichen Baugewerbe tätig ist, handelt[13].

III. HOAI und EU-Recht

Ausdrücklich in der Entscheidung des *BGH* hat der *Senat* offengelassen, ob das vom Architekten geltend gemachte Honorar von diesem nach Mindestsätzen berechnet werden kann oder nicht. Zu Recht folgte der *BGH* nicht der auftraggeberseitigen Anregung, den zu beurteilenden Fall dem *Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft* vorzulegen. Denn es kam im Rahmen dieser Entscheidung nicht auf die Frage an, ob die Bindung an die Mindestsätze in der HOAI mit dem EU-Recht vereinbar ist. Maßgeblich war lediglich zu beurteilen, ob eine Bindung an die Schlussrechnung dem Architekten zuzumuten ist oder nicht. Damit bleibt die Frage – auch insbesondere vor dem Hintergrund der beabsichtigten Novellierung der HOAI – inwieweit die Honorarregelungen der Architekten und Ingenieure EU-konform sind, weiterhin EU-rechtlich verbindlich ungeklärt[14].

IV. Fazit und Ausblick

Der *BGH* setzt konsequent seine Rechtsprechung zur (nur ausnahmsweise vorhandenen) Bindungswirkung der Architektenhonorarschlussrechnung fort. Pauschale Auftraggeber-Einwendungen dahingehend, man habe auf das einmal vereinbarte Honorar vertraut, sind – solange die HOAI ihre Geltung hat – nicht tragfähig. Die Instanzgerichte sind auch vor dem Hintergrund dieser jetzt aktuell ergangenen *BGH*-Entscheidung mehr denn je angehalten und aufgerufen, alle kumulierenden erforderlichen Voraussetzungen bezogen auf die Auftraggebereinwendungen zu prüfen und diese noch stärker denn je einer Einzelfallbewertung zu unterziehen und mit den Architekteninteressen und dem zwingenden Preisrecht der HOAI in einen nachvollziehbaren Abwägungsprozess im Rahmen der Urteilsgründe einfließen zu lassen. Geschieht dies nicht, so ist der Instanzenzug eröffnet. ■

13 *OLG Hamburg*, DBR 2004, 258: Hier wurde eine Schlussrechnung über 146 000 Euro bei einer pauschalierten Honorarvereinbarung i. H. von 94 000 Euro nicht als untragbar bewertet; das *OLG Köln*, NZBau 2007, 725 = NJW-RR 2007, 455, wertete hingegen eine Zwei-Drittel-Steigerung als nicht mehr zumutbar, vgl. auch *BGH*, BauR 1997, 677, wo es um eine Steigerung von ca. 65% des Honorars ging.

14 Vgl. hierzu *Locher/Koeble/Frik* (o. Fußn. 7), Einl. Rdnr. 216; *Scholtissek*, NZBau 2008, 409, m. Hinw. auf die Dienstleistungsrichtlinie vom 12. 12. 2006.

Monatsinformationen zum Öffentlichen Baurecht

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht Dr. Thomas Schröer, LL. M., Frankfurt a. M.

„Sozialer Lärm" im Fokus des Bauplanungs- und Umweltrechts*

In jüngster Zeit mehren sich Pressemeldungen über Nachbarstreitverfahren aus Anlass der Errichtung oder Erweiterung von Kindertagesstätten. Der vorliegende Beitrag geht der Frage nach, ob sich die offenbar abnehmende gesellschaftliche Akzeptanz der Lebensäußerungen von Kindern bereits in den Entscheidungen der Verwaltungsgerichte niedergeschlagen hat. In diesem Kontext wird auch dargestellt, nach welchen rechtlichen Kriterien die Gerichte überhaupt die Zumutbarkeit von Kinderlärm bestimmen.

I. Einführung

Als „soziale Lärmquellen" spielen im öffentlichen Recht neben allen Arten von Einrichtungen zur Betreuung von Kindern (Kindertagesstätten, Kindergärten, Kinderhorte, Grundschulen) auch Behindertenwohnheime und Altenpflegeeinrichtungen eine gewisse Rolle. Aktuelle Entscheidungen der Verwaltungsgerichte hierzu haben als Bezugsobjekt aber oftmals Kindertagesstätten. Die folgende Untersuchung widmet sich deswegen allein dem durch Kinder verursachten „Lärm". Dabei stehen zentrale Regelungen des Bauplanungs- und Immissionsschutzrechts im Mittelpunkt der rechtlichen Betrachtung.

II. Aktuelle Entscheidungen im Zusammenhang mit Kinderlärm

Kürzlich ist im Internet über einen aktuellen Fall aus Hamburg berichtet worden, bei dem sich Nachbarn gegen den Umbau und die Erweiterung eines Bestandsgebäudes in eine Kindertagesstätte erfolgreich zu Wehr gesetzt haben. In dem einstweiligen Rechtschutzverfahren gab das *VG Hamburg* den Nachbarn Recht und ordnete die aufschiebende Wirkung eines Nachbarwiderspruchs mit der Begründung an, dass das genehmigte Vorhaben gegen das in § 15 I BauNVO enthaltene bauplanungsrechtliche Gebot der Rücksichtnahme verstoße[1]. Auf die Beschwerden der Betreiberin des Kindergartens und des Bezirksamts Altona bestätigte das *OVG Hamburg* im Ergebnis die Entscheidung des *VG Hamburg*, dass dem Aussetzungsinteresse des Antragstellers Vorrang vor dem Vollzugsinteresse einzuräumen sei[2]. Diese Entscheidung hat Presseberichten zufolge in weiten Bevölkerungskreisen Empörung ausgelöst.

Nichtsdestotrotz muss der Hamburger Fall als sehr speziell gelagerter Einzelfall angesehen werden, da sich das Gericht mit den Festsetzungen eines früheren Baustufenplans zu befassen hatte, der das Gebiet als besonders geschütztes Wohngebiet auswies. Wie die nachfolgende kurze Darstellung weiterer Gerichtsentscheidungen zu dieser Thematik zeigen wird, stellt sich die Errichtung von Kindertagesstätten öffentlich-rechtlich in aller Regel als sozialadäquate Maßnahme dar, die – mit allen Folgewirkungen hinsichtlich des Betriebs einer solchen Einrichtung – den Nachbarn auch zuzumuten ist:

So hatte sich das *VG München* bereits mehrfach mit Nachbarstreitigkeiten im Zusammenhang mit Kinderlärm zu be-

* Der Autor ist Partner der Sozietät *FPS Fritze Paul Seelig* in Frankfurt a. M.

1 *VG Hamburg*, Beschl. v. 29. 8. 2008 – 9 E 2161/08.

2 *OVG Hamburg*, Beschl. v. 15. 10. 2008 – 2 Bs 171/08, BeckRS 2008, 40356.