



<b>Zeitschrift</b>	BauR - Baurecht
<b>Autor</b>	Rüdiger Pamp
<b>Rubrik</b>	Aufsätze
<b>Referenz</b>	BauR 2023, 363 - 372 (Heft 3)
<b>Verlag</b>	Werner Verlag

Pamp, BauR 2023, 363

Die Mindestsatzregelung gem. § 7 HOAI a.F. nach dem  
EuGH-Urteil vom 18.01.2022 – C-261/20\*



von VRiBGH Rüdiger Pamp, Bonn\*\*

I. Mit [Urt. v. 04.07.2019 \(C-377/17\)](#) <sup>1</sup> stellte der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) in einem von der Europäischen Kommission betriebenen Vertragsverletzungsverfahren fest,<sup>2</sup> dass die Bundesrepublik Deutschland durch die Beibehaltung verbindlicher Honorare für die Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren gegen ihre Verpflichtungen aus [Art. 15 Abs. 1](#) , [Abs. 2 Buchst. g\)](#) und [Abs. 3 der Dienstleistungsrichtlinie](#) <sup>3</sup> verstoßen hat. Diese Vorschrift führt eine Reihe von Anforderungen auf, die Dienstleistungserbringern nur unter bestimmten Bedingungen auferlegt werden dürfen, darunter verbindliche Preise. Sie können lediglich aufrechterhalten werden, wenn sie durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses gerechtfertigt sowie nicht diskriminierend sind



und die Verhältnismäßigkeit gewahrt bleibt, d. h. dasselbe Ziel nicht durch andere weniger einschneidende Maßnahmen erreicht werden kann.

Gem. [§ 7 HOAI](#) in der seit Juli 2013 gültigen Fassung richtet sich das Honorar für Architekten- und Ingenieurleistungen nach der schriftlichen Vereinbarung, die die Vertragsparteien bei Auftragserteilung im Rahmen der festgesetzten Mindest- und Höchstsätze treffen (Abs. 1). Die Mindestsätze können durch schriftliche Vereinbarung in Ausnahmefällen unterschritten werden (Abs. 3). Sofern nicht bei Auftragserteilung etwas anderes schriftlich vereinbart worden ist, wird gemäß Abs. 5 unwiderleglich vermutet, dass die jeweiligen Mindestsätze gemäß Abs. 1 vereinbart sind.

Die am 12.12.2006 erlassene und am 28.12.2006 in Kraft getretene Dienstleistungsrichtlinie war bis zum 28.12.2009 in nationales Recht umzusetzen gewesen. Der deutsche Ordnungsgeber hatte auf diese Vorgabe bezüglich des verbindlichen Preisrechts im Zuge der Neufassung der HOAI 2009 nicht durch Abschaffung der Mindest- und Höchstsätze reagiert, sondern durch die Beschränkung des Anwendungsbereichs auf innerstaatliche Sachverhalte. Nach [§ 1 HOAI](#) in der Fassung ab 2009 regelte die Verordnung nur die Berechnung der Entgelte für die Grundleistungen der Architekten und Ingenieure mit Sitz im Inland, soweit die Grundleistungen vom Inland aus erbracht werden. Die Annahme, hierdurch den Anforderungen von [Art. 15 der Dienstleistungsrichtlinie](#) Rechnung getragen zu haben, erwies sich als Irrglaube; der EuGH hat sie im Vertragsverletzungsverfahren unter Verweis auf seine gegenteilige Rechtsprechung lapidar verworfen. Die in der Dienstleistungsrichtlinie enthaltenen Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit der Dienstleistungserbringer sind danach auch auf einen Sachverhalt anwendbar, dessen Merkmale nicht über die Grenzen eines einzelnen Mitgliedsstaats hinausweisen.<sup>4</sup>

Hinsichtlich der Mindestsätze hat der EuGH sein Verdikt der Unionsrechtswidrigkeit des Preisrechts letztlich – nur – auf den Gesichtspunkt fehlender Kohärenz und insoweit maßgeblich darauf gestützt, dass die HOAI nicht berufs-, sondern leistungsbezogen<sup>5</sup> ist.<sup>6</sup> Bezüglich der Höchstsätze hat er eine Begründung dafür vermisst, weshalb die von der Kommission als weniger einschneidend vorgeschlagene Maßnahme, Kunden Preisorientierungen für die verschiedenen Leistungskategorien der HOAI zur Verfügung zu stellen, nicht ausreichte, um die verbraucherschützenden Ziele der Preistransparenz sowie der Verhinderung überhöhter Honorare angemessen zu verwirklichen.<sup>7</sup> Ob auch ein Verstoß gegen Art. 49 AEUV (Niederlassungsfreiheit) vorliegt, musste das Gericht hiernach nicht mehr prüfen.<sup>8</sup>

II. Zur Anpassung der deutschen Rechtsordnung an diese Vorgaben ist zunächst das Gesetz zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen (ArchLG), das in § 1 die Bundesregierung zum Erlass der HOAI ermächtigt, mit Wirkung zum 19.11.2020 geändert worden<sup>9</sup> und hieran anschließend zum 01.01.2021<sup>10</sup> auch die HOAI selbst.<sup>11</sup> Darin ist die Inländerbeschränkung ersatzlos entfallen. Die HOAI 2021 – die im Übrigen weiterhin



leistungs- und nicht berufsbezogen ist<sup>12</sup> – erfasst daher auch die Leistungserbringung vom Ausland aus. Außerdem enthält sie zwar noch Honorartafeln als Orientierungswerte ([§ 2a Abs. 1 Satz 1 HOAI 2021](#)), aber kein verbindliches Preisrahmenrecht mehr, sondern nur eine unverbindliche Preisorientierung.<sup>13</sup> Gem. [§ 7 Abs. 1 Satz 1 HOAI 2021](#) richtet sich das Honorar für Architekten- und Ingenieurleistungen nach der Vereinbarung, die die Parteien in Textform treffen.<sup>14</sup>

III. Gilt danach für Architekten- und Ingenieurverträge, die ab dem 01.01.2021 geschlossen worden sind ([§ 57 Abs. 2 HOAI 2021](#)), diese „neue“ HOAI, so bestand darüber, welche Folgerungen sich aus der vom EuGH festgestellten Unionsrechtswidrigkeit des bisherigen Preisrechts ergeben, in der Praxis große Unsicherheit. Im Fokus standen dabei vor allem die sogenannten Aufstockungsklagen, mit denen der Architekt, der mit seinem Auftraggeber eine die Mindestsätze unterschreitende Honorarvereinbarung abgeschlossen hat, unter Geltendmachung der Unwirksamkeit dieser Absprache den Differenzbetrag zu den Mindestsätzen einklagt.

1. Die Streitfrage, ob und inwieweit eine Feststellung der Richtlinienwidrigkeit des bisherigen HOAI-Preisrechts unmittelbare Wirkung für das nationale Recht hat, war schon aufgekommen, während das Vertragsverletzungsverfahren noch beim EuGH anhängig war, namentlich im Zusammenhang mit der Behandlung hierauf gestützter Aussetzungsanträge ([§ 148 ZPO](#)),<sup>15</sup> und sie entbrannte praktisch unmittelbar nach Verkündung des Urteils vom 04.07.2019 vollends.<sup>16</sup> Ein Teil der Oberlandesgerichte<sup>17</sup> hielt das als unionsrechtswidrig erkannte HOAI-Preisrecht auch ohne vorherige Umsetzung des Vertragsverletzungsurteils in staatliches Recht für nicht mehr anwendbar und wies Aufstockungsklagen mangels weiterer Anwendbarkeit des HOAI-Preisrechts ab, dies unter Verweis auf die Bindungswirkung des EuGH-Urteils, den Vorrang des Unionsrechts sowie mit dem Argument, die Dienstleistungsrichtlinie sei inhaltlich den Grundfreiheiten vergleichbar und müsse daher in ihren Wirkungen wie eine solche behandelt werden. Andere Oberlandesgerichte<sup>18</sup> nahmen demgegenüber an, das bisherige Recht gelte in Auseinandersetzungen zwischen Privatparteien bis auf Weiteres fort, dies unter Hinweis darauf, dass sowohl eine horizontale Direktwirkung von Richtlinien unter Privaten als auch die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Interpretation der HOAI-Regelungen ausscheide.

Nach einem dritten – im Ergebnis ebenfalls zur Unanwendbarkeit des bisherigen Rechts führenden – Begründungsansatz<sup>19</sup> sollte sich einerseits ein Privater auf einen Verstoß der Regelungen der HOAI gegen die Dienstleistungsrichtlinie in einem Rechtsstreit gegenüber einem anderen Privaten vor einem ordentlichen Gericht nicht berufen können, andererseits aber die Richtlinienwidrigkeit des Preisrechts zugleich einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) darstellen, den auch ein Privater gegenüber einem anderen Privaten im Rahmen eines Rechtsstreits geltend machen könne.<sup>20</sup>

2. Die Hoffnung, der EuGH werde im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens des LG Dresden<sup>21</sup> zur Auslegung der Dienstleistungsrichtlinie womöglich die Lösung aufzeigen, erfüllte sich nicht. Der EuGH entschied



über die ihm vorgelegte Frage durch [Beschl. v. 06.02.2020 \(C 137/18\)](#) <sup>22</sup> im Wesentlichen unter Verweis auf sein [Urt. v. 04.07.2019 \(C-377/17\)](#) ; ob die unionsrechtswidrigen Bestimmungen der HOAI im Rahmen eines Rechtsstreits, den ausschließlich Privatpersonen gegeneinander führen, (weiterhin) anwendbar seien, sah er ausdrücklich nicht als Gegenstand des Vorabentscheidungsersuchens an.<sup>23</sup>

3. Mit Beschluss vom 14.05.2020<sup>24</sup> hat der VII. Zivilsenat des BGH in einem die Anwendung von [§ 7 HOAI](#) (2013) betreffenden Revisionsverfahren, dem eine Mindestsatzklage zugrunde lag, der das OLG Hamm<sup>25</sup> als Berufungsinstanz – ausgehend von der Fortgeltung der preisrechtlichen Bestimmungen – weitgehend stattgegeben hatte, dem EuGH zwei Fragen zur Auslegung des Unionsrechts vorgelegt. Mit der ersten Frage wollte der Senat wissen, ob aus dem Unionsrecht folge, dass [Art. 15 der Dienstleistungsrichtlinie](#) in einem Gerichtsverfahren zwischen Privatpersonen unmittelbare Wirkung derart entfalte, dass die richtlinienwidrigen nationalen Regelungen in [§ 7 HOAI](#) über die Verbindlichkeit der Mindestsätze und die Unwirksamkeit einer sie unterschreitenden Honorarvereinbarung in Architekten- oder Ingenieurverträgen nicht mehr anzuwenden seien. Für den Fall, dass dies zu verneinen sein sollte, zielte die zweite Frage darauf ab, ob in der Regelung verbindlicher Mindestsätze in [§ 7 HOAI](#) (2013) ein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit gem. Art. 49 AEUV oder gegen sonstige allgemeine Grundsätze des Unionsrechts liege und ggf. hieraus die Unanwendbarkeit der deutschen Regelungen über verbindliche Mindestsätze in einem Gerichtsverfahren zwischen Privatpersonen folge.

Im Vorlagebeschluss ist zunächst dargelegt, dass und weshalb die Revision der Beklagten in dem betreffenden Rechtsstreit bei Anwendung des deutschen Rechts einschließlich der Mindestsatzregelungen keinen Erfolg haben könne.<sup>26</sup> Dass bereits eine richtlinienkonforme Auslegung<sup>27</sup> der HOAI zur Unanwendbarkeit der Mindestsätze führen könne, hat der VII. Zivilsenat unter Hinweis darauf, eine solche Auslegung stünde im klaren Widerspruch zum erkennbaren Willen des deutschen Gesetz- und Verordnungsgebers und wäre deshalb als unzulässige Auslegung contra legem des nationalen Rechts einzuordnen, ausdrücklich verneint. Der Gesetz- und Verordnungsgeber habe mit den Regelungen in [§ 7 HOAI](#) und den zu Grunde liegenden gesetzlichen Bestimmungen eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass eine unterhalb der verbindlichen Mindestsätze liegende Honorarvereinbarung grundsätzlich unwirksam sein und das Honorar sich dann nach den Mindestätzen richten solle. [§ 7 HOAI](#) lasse daher keinen Spielraum für eine Auslegung, nach der die Mindestsätze wegen des inkohärenten Regelungskonzepts der HOAI generell unverbindlich sind. Der Wille des Verordnungsgebers, mit der Neufassung der HOAI in den Jahren 2009 und 2013 die Dienstleistungsrichtlinie richtig umzusetzen, ändere daran nichts. Der Verordnungsgeber habe sich im Rahmen dieser Neuregelungen bewusst für die Beibehaltung verbindlicher Mindestsätze entschieden, obwohl ihm die Problematik der Zulässigkeit eines verbindlichen Preisrahmens im Zusammenhang mit der Dienstleistungsrichtlinie bekannt gewesen sei. Er sei lediglich der – unzutreffenden – Auffassung gewesen, dem Problem durch die Einschränkung des Anwendungsbereichs auf innerstaatliche Sachverhalte hinreichend Rechnung zu tragen.<sup>28</sup>



4. Durch Urteil vom 18.01.2022<sup>29</sup> hat der EuGH in dem Verfahren über das Vorabentscheidungsersuchen entschieden. Er hat für Recht erkannt, das Unionsrecht sei dahin auszulegen, dass ein nationales Gericht in einem Rechtsstreit zwischen Privatpersonen nicht allein aufgrund dieses Rechts verpflichtet sei, eine nationale Regelung unangewendet zu lassen, die unter Verstoß gegen [Art. 15 der Dienstleistungsrichtlinie](#) Mindesthonorare für die Leistungen von Architekten und Ingenieuren festsetzt und die Unwirksamkeit von Vereinbarungen vorsieht, die von dieser Regelung abweichen, jedoch unbeschadet zum einen der Möglichkeit dieses Gerichts, die Anwendung der Regelung im Rahmen eines solchen Rechtsstreits aufgrund des innerstaatlichen Rechts auszuschließen, und zum anderen des Rechts der durch die Unvereinbarkeit des nationalen Rechts mit dem Unionsrecht geschädigten Partei, Ersatz des ihr daraus entstandenen Schadens zu verlangen.

a) Das Urteil hat Erwartungen enttäuscht, die nicht zuletzt durch die Schlussanträge des Generalanwalts Szpunar vom 15.07.2021<sup>30</sup> ausgelöst worden waren. Hatte dieser mehrere Argumentationslinien aufgezeigt, mit denen sich seines Erachtens der Dienstleistungsrichtlinie Vorrang einräumen und ihr eine unmittelbare Horizontalwirkung beimessen ließ, entschied der EuGH klar gegenteilig.<sup>31</sup> Er betonte zwar die Verpflichtung des nationalen Gerichts, bei der Auslegung und Anwendung des innerstaatlichen Rechts den Inhalt des Unionsrechts heranzuziehen, hob aber zugleich auch hervor, eine unionsrechtskonforme Auslegung dürfe insbesondere nicht als Grundlage für eine Auslegung contra legem des nationalen Rechts dienen; davon, dass eine den Anforderungen der Dienstleistungsrichtlinie entsprechende, zur Nichtanwendung der Mindestsätze führende Auslegung der nationalen Regelung des [§ 7 HOAI](#) diese Grenze überschreite, sei der BGH als vorlegendes Gericht ausgegangen. Mit dieser Feststellung hat es der EuGH – in konsequenter Umsetzung seiner Rechtsprechung,<sup>32</sup> wonach die Prüfung, ob das nationale Recht der mit einer Richtlinie im Einklang stehenden Auslegung zugänglich ist, allein Sache des vorlegenden Gerichts ist – bewenden lassen. Des Weiteren hat er ausgeführt, einerseits verlange der Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts, dass das nationale Gericht dann, wenn eine nationale Regelung nicht unionsrechtlichen Anforderungen entsprechend ausgelegt werden könne, erforderlichenfalls jede entgegenstehende Vorschrift des nationalen Rechts aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet lasse, um für die volle Wirksamkeit des Unionsrechts Sorge zu tragen habe, andererseits seien auch Natur und Rechtswirkungen der EU-Richtlinien zu berücksichtigen. Dazu gehöre, dass diese nach Art. 288 Abs. 3 AEUV grundsätzlich keine Direktwirkung im Verhältnis zwischen privaten Rechtssubjekten entfalten. Daher gestatte eine Richtlinienbestimmung, selbst wenn sie klar, genau und unbedingt sei, es dem nationalen Gericht nicht, eine dieser Bestimmung entgegenstehende Norm seines innerstaatlichen Rechts auszuschließen, wenn aufgrund dessen einer Privatperson eine zusätzliche Verpflichtung auferlegt würde.

Daraus folge für den Ausgangsrechtsstreit: Bei unmittelbarer Anwendung der Dienstleistungsrichtlinie werde dem Kläger sein auf [§ 7 HOAI](#) 2013 gestütztes Recht genommen, die dort vorgesehenen Mindestsätze einzufordern; er wäre stattdessen verpflichtet, den vertraglich festgesetzten – niedrigeren – Satz zu akzeptieren. Eine solche Wirkung könne einer Richtlinienbestimmung nicht allein aufgrund des Unionsrechts zukommen. Der BGH sei daher nicht allein rein unionsrechtlich verpflichtet, [§ 7 HOAI](#) 2013 unangewendet zu lassen, auch wenn diese Vorschrift



gegen die Dienstleistungsrichtlinie verstößt. Auf die Konsequenz, dass bei Annahme einer unmittelbaren Wirkung der Dienstleistungsrichtlinie in laufenden Gerichtsverfahren zwischen Privaten dem Planer nur ein Anspruch auf die mit dem Auftraggeber vereinbarte geringere Vergütung zustehe und ihm folglich der nach deutschem Recht bestehende Honoraranspruch in Höhe der Mindestsätze, also ein subjektives Recht, entzogen werde, hatte bereits der VII. Zivilsenat in seinem Vorabentscheidungsersuchen ausdrücklich hingewiesen.<sup>33</sup>

Diese Erwägungen würden – so der EuGH weiter – auch nicht durch das im Vertragsverletzungsverfahren ergangene Urteil vom 04.07.2019<sup>34</sup> infrage gestellt. Ein solches Urteil klärt inzident den materiellen Regelungsgehalt des Unionsrechts, erweitert aber nicht dessen Wirkung; die Feststellung eines Richtlinienverstößes macht die Umsetzungspflicht des Mitgliedstaats nicht obsolet.<sup>35</sup> Die anschließenden Ausführungen des EuGH zur ersten Vorlagefrage befassen sich sodann damit, ob betroffenen Auftraggebern, die nun von Planern auf Zahlung des Mindestsatzhonorars in Anspruch genommen werden, ggf. staatshaftungsrechtliche Schadensersatzansprüche aufgrund der Unvereinbarkeit des deutschen Rechts mit dem Unionsrecht („unionsrechtliche Staatshaftung“) zustehen könnten.<sup>36</sup>

Die zweite, auf einen etwaigen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) und sonstige allgemeine Grundsätze des Unionsrechts abzielende Vorlagefrage des BGH hat der EuGH für unzulässig erachtet. Die Bestimmungen des AEUV über die Niederlassungsfreiheit, den freien Dienstleistungsverkehr und den freien Kapitalverkehr fänden auf einen Sachverhalt, dessen Merkmale sämtlich nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaats hinauswiesen, grundsätzlich keine Anwendung. Im Ausgangsrechtsstreit deute nichts darauf hin, dass eine Partei außerhalb der Bundesrepublik ansässig sei oder die in Rede stehenden Leistungen außerhalb dieses Gebiets erbracht worden seien.

b) Die Begründung, mit der der EuGH die zweite Vorlagefrage für unzulässig erachtet hat, hat – wohl auch deshalb, weil der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen kein Problem mit der inhaltlichen Prüfung gehabt hatte, ob die richtlinienwidrige nationale Regelung Art. 49 AEUV widerspreche<sup>37</sup> – im Fachschrifttum „Stirnrunzeln“<sup>38</sup> ausgelöst, ist als „fast schon skurril“ anmutend<sup>39</sup> empfunden worden und hat zu dem Vorwurf geführt, der BGH sei „abgekanzelt“<sup>40</sup> worden. Für den BGH besteht indes kein Anlass, sich durch die EuGH-Entscheidung „unangemessen“ behandelt zu fühlen. Das Problem der Eröffnung des Anwendungsbereichs der Niederlassungsfreiheit auf Inlandsfälle hatte er in seinem Vorabentscheidungsersuchen selbst angesprochen<sup>41</sup> und der EuGH hatte im Urteil vom 04.07.2019<sup>42</sup> die Frage, ob Art. 49 AEUV berührt sei, ausdrücklich offengelassen.<sup>43</sup> Abgesehen davon hat der EuGH die ihm vorgelegte Frage der Sache nach beantwortet, weil er in dem ihm vorgelegten Sachverhalt die Niederlassungsfreiheit offenkundig als nicht berührt ansieht.



5. In Umsetzung des EuGH-Urteils vom 18.01.2022<sup>44</sup> sind am 02.06.2022 drei BGH-Urteile ergangen:

a) Das [Urteil vom 02.06.2022 \(VII ZR 174/19\)](#) <sup>45</sup> stellt die abschließende Entscheidung in dem Ausgangsrechtsstreit dar, der Gegenstand des Vorabentscheidungsersuchens und damit auch der diesbezüglichen EuGH-Entscheidung war. Nicht ganz unerwartet<sup>46</sup> ist die Revision der dortigen Beklagten nunmehr zurückgewiesen worden.

aa) Nach der Entscheidung des EuGH vom 18.01.2022<sup>47</sup> bestand im Streitfall aufgrund Unionsrechts keine Verpflichtung, das verbindliche Mindestsatzrecht der HOAI unangewendet zu lassen. Veranlassung für ein erneutes Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH bestand deshalb nicht.<sup>48</sup>

Dass und weshalb nach deutschem Recht die verbindlichen Mindestsatz-Regelungen der HOAI zu einem Honoraranspruch des Klägers in der zweitinstanzlich zuerkannten Höhe führten, war bereits im Vorlagebeschluss vom 14.05.2020<sup>49</sup> dargelegt worden. Der BGH hatte seinerzeit schon ausgeführt, dass unter anderem der auf einen Verstoß des Klägers gegen Treu und Glauben gem. [§ 242 BGB](#) gestützte Einwand der Beklagten nicht durchgreift. Veranlassung, hiervon nun wieder abzuweichen, ergab sich aus dem EuGH-Urteil vom 18.01.2022 ebenso wenig wie hinsichtlich des Instruments der richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts.

bb) Dass der EuGH im Urteil vom 18.01.2022<sup>50</sup> an mehreren Stellen formuliert hat, ein anderes Ergebnis – d.h. also die Unanwendbarkeit der HOAI-Mindestsätze – könne nicht „allein“ dem Unionsrecht entnommen werden,<sup>51</sup> „davon unbeschadet“ könne ein nationales Gericht die Anwendung jeder Vorschrift des eigenen Rechts, die gegen eine Bestimmung des Unionsrechts ohne unmittelbare Wirkung verstoße, „aufgrund des innerstaatlichen Rechts ausschließen“,<sup>52</sup> hat allerdings zu Mutmaßungen geführt, was hiermit gemeint sein könne. Insbesondere die letztgenannte Formulierung ist als „Wink mit dem Zaunpfahl“<sup>53</sup> empfunden worden, wobei freilich die Einschätzungen dazu, womit genau der EuGH hier „gewinkt“ haben soll, in der Praxis auseinander gehen. Richtigerweise wird man die in Rede stehende Formulierung des EuGH als die – selbstverständliche – Aufforderung an den nationalen Richter verstehen dürfen und müssen, auch sein nationales Recht stets daraufhin zu überprüfen, ob und inwieweit es ein geeignetes Instrumentarium zur Verfügung stellt, unionsrechtswidrige nationale Normen unberücksichtigt zu lassen.

Soweit erwogen worden ist, der EuGH könne insoweit den Einwand der Treuwidrigkeit ([§ 242 BGB](#)) eines Aufstockungsverlangens gemeint haben, überzeugt das nicht.<sup>54</sup> Das Rechtsinstitut der unzulässigen Rechtsausübung ist von der Rechtsprechung für Situationen entwickelt worden, in denen die Anwendung einer Rechtsvorschrift einen im Einzelfall bestehenden Interessenkonflikt ausnahmsweise nicht hinreichend erfassen kann und für einen Beteiligten ein unzumutbares unbilliges Ergebnis zur Folge hätte.<sup>55</sup> [§ 242 BGB](#) ermächtigt das



Gericht jedoch nicht dazu, eine vom nationalen Gesetzgeber mit einer – fortgeltenden – Rechtsvorschrift getroffene Wertung allgemein beiseitezuschieben und durch eine andere Regelung zu ersetzen.<sup>56</sup>

cc) Hervorzuheben ist, dass der EuGH sich im Urteil vom 18.01.2022<sup>57</sup> ebenfalls dazu geäußert hat, wann ein Sachverhalt in dem von ihm für erforderlich erachteten Sinne über die Grenzen der Bundesrepublik Deutschland hinausweist. Aus seiner Feststellung, es deute nichts darauf hin, dass eine Partei des Verfahrens außerhalb der Bundesrepublik Deutschland ansässig sei oder dass die in Rede stehenden Leistungen außerhalb dieses Gebiets erbracht wurden, folgt, dass für solche reinen Inlandsfälle der Weg über die Grundfreiheiten gleichfalls versperrt ist, um der Unionsrechtswidrigkeit des verbindlichen HOAI-Preisrechts unmittelbare Wirkung im Prozess zwischen Privaten beizumessen. Andere Umstände als den Sitz und den Ort der Leistungserbringung, insbesondere bloß hypothetische „unkörperliche“ grenzüberschreitende Wirkungen wie etwa eine in der Praxis gelegentlich diskutierte „abschreckende Wirkung“ des verbindlichen HOAI-Preisrechts auf im Ausland ansässige Leistungsanbieter<sup>58</sup> hat der EuGH für den Auslandsbezug nicht in den Blick genommen.

dd) Dieselbe Betrachtung liegt dem Urteil des EuGH vom 27.10.2022<sup>59</sup> zugrunde, mit dem über ein Vorabentscheidungsersuchen des LG Mainz vom 09.08.2021 betreffend die Anwendbarkeit von [§ 4 Abs. 1 HOAI \(1996/2002\)](#) auf einen im Jahre 2004 – noch vor dem Inkrafttreten der Dienstleistungsrichtlinie – geschlossenen Architektenvertrag entschieden worden ist. Das vorliegende Gericht hatte darauf hingewiesen, der Anwendungsbereich der HOAI 1996/2002 sei, anders als in den späteren Fassungen 2009 und 2013, nicht auf rein innerstaatliche Sachverhalte beschränkt, so dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass dies möglicherweise ein Hindernis für die Niederlassungsfreiheit darstelle. Der EuGH hat hierzu auf seine Aufgabe verwiesen, das vorliegende Gericht bei der Entscheidung des konkret bei ihm anhängigen Rechtsstreits zu unterstützen. Die Frage, ob die HOAI 1996/2002 in einer hypothetischen Situation, die durch grenzüberschreitende Merkmale gekennzeichnet sei, ein Hindernis für die Niederlassungsfreiheit darstellen könne, unterstütze das LG Mainz jedoch nicht bei der Entscheidung des bei ihm anhängigen Rechtsstreits, „da dieser keine solchen Merkmale aufweist.“<sup>60</sup> Das wird man dahin verstehen dürfen, dass nur hypothetische Wirkungen wie eine mögliche Abschreckung für die Annahme eines Auslandsbezugs nicht ausreichen.

b) Neben dem Verfahren VII ZR 174/19 hat der VII. Zivilsenat am 02.06.2022 in zwei weiteren Verfahren auf der Grundlage des EuGH-Urteils vom 18.01.2022<sup>61</sup> ebenfalls abschließende Entscheidungen getroffen. Diese beiden Urteile, die zu den Aktenzeichen VII ZR 229/19<sup>62</sup> und VII ZR 12/21<sup>63</sup> ergangen sind, betreffen – insoweit über die Sache VII ZR 174/19 hinausgehend – Folgefragen zur Unionsrechtswidrigkeit der Mindestsätze des [§ 7 HOAI](#) a.F.

Teilweise war in der obergerichtlichen Rechtsprechung<sup>64</sup> angenommen worden, die Unanwendbarkeit des unionsrechtswidrigen verbindlichen Preisrechts schlage weitergehend auf die Formvorschrift des [§ 7 Abs. 1 HOAI](#)



a.F. durch, so dass unter Außerachtlassung der dortigen Formvorgaben getroffene Honorarabreden nicht (mehr) unwirksam sein könnten. Da die Richtlinienwidrigkeit verbindlicher Mindest- und Höchstsätze im Zivilprozess zwischen Privaten unmittelbare Wirkung habe und das in [§ 7 Abs. 1 HOAI](#) a.F. geregelte Formerfordernis insofern mit den Preisregelungen verknüpft sei, als es dem – seit dem EuGH-Urteil vom 04.07.2019 nicht mehr legitimen – Ziel diene, ein Abweichen von dem verbindlichen Preisrecht zu erschweren, beziehe sich der Anwendungsvorrang des Unionsrechts auf den gesamten [§ 7 Abs. 1 HOAI](#) a.F. [§ 7 Abs. 5 HOAI](#) a.F. sei deshalb gleichfalls nicht mehr anwendbar.

Dieser Auffassung war mit dem EuGH-Urteil vom 18.01.2022<sup>65</sup> schon deshalb die Grundlage entzogen, weil danach aufgrund Unionsrechts gerade keine Verpflichtung besteht, in einem Rechtsstreit zwischen Privaten das richtlinienwidrige verbindliche Mindestsatzrecht der „alten“ HOAI unangewendet zu lassen. Damit fehlt einer dem Regelungszusammenhang zwischen den Abs. 1 und 5 des [§ 7 HOAI](#) a.F. entnommenen Verknüpfung zwischen Preisrecht und Formvorgaben von vorneherein die Basis. Wenn das verbindliche Preisrecht weiterhin anwendbar bleibt, gibt es – erst recht – keinen Grund, noch weitergehend sogar die Formvorgaben für unanwendbar zu erachten.

Gegen die Wirksamkeit von [§ 7 Abs. 5 HOAI](#) a.F. bestehen auch im Übrigen – also losgelöst vom verbindlichen Preisrecht – keine Bedenken.<sup>66</sup> Die Dienstleistungsrichtlinie enthält schon keine Vorschriften, die einer im nationalen Recht vorgeschriebenen Schriftform für bestimmte Dienstleistungsverträge entgegenstehen. Im Hinblick auf die mit der Schriftform für Honorarvereinbarungen zu gewährleistende Klarstellungs- und Beweisfunktion<sup>67</sup> ist die damit einhergehende Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit im Binnenmarkt nicht als unverhältnismäßig zu bewerten.<sup>68</sup> Soweit für den Fall, dass die Schriftform bei Auftragserteilung nicht eingehalten worden ist, gem. [§ 7 Abs. 5 HOAI](#) a.F. unwiderleglich vermutet wird, dass die jeweiligen Mindestsätze nach [§ 7 Abs. 1 HOAI](#) a.F. vereinbart sind, dient dies der Ausfüllung der durch die Unwirksamkeit der Honorarvereinbarung bewirkten Vertragslücke. Veranlassung für ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union hat der VII. Zivilsenat insoweit nicht gesehen.

IV. Nun also „Vorhang zu“ – und alle Fragen gelöst? Oder gilt das berühmte Brecht-Zitat aus „Der gute Mensch von Sezuan“: „Wir stehen selbst enttäuscht und sehn betroffen den Vorhang zu und alle Fragen offen.“?

„Alle Fragen offen“ wohl sicher nicht, aber sind durch das [EuGH, Urt. v. 18.01.2022 \(C-261/20\)](#) <sup>69</sup> sowie die drei [Senatsurt. v. 02.06.2022 \(VII ZR 174/19\)](#), VII ZR 12/21, VII ZR 229/19) tatsächlich schon alle gelöst?

1. Da die vorgenannten BGH-Entscheidungen allesamt Architekten- bzw. Ingenieurverträge betreffen, die nach Ablauf der Umsetzungsfrist der Dienstleistungsrichtlinie abgeschlossen wurden, steht im Raum, wie es sich in



Bezug auf während der Umsetzungsfrist, also im Zeitraum zwischen dem 28.12.2006 (Inkrafttreten der Dienstleistungsrichtlinie) und dem 28.12.2009 abgeschlossene Verträge verhält, auf die [§ 4 Abs. 1 HOAI 1996/2002](#) Anwendung findet. Über einen solchen Sachverhalt hat der BGH inzwischen mit [Urt. v. 03.11.2022](#)<sup>70</sup> entschieden.

a) Soweit der Gesichtspunkt der Richtlinienwidrigkeit berührt ist, wird man hierzu sagen können: Entfaltet die Dienstleistungsrichtlinie gemäß dem [EuGH, Urt. v. 18.01.2022 \(C-261/20\)](#) nach Ablauf der Umsetzungsfrist keine unmittelbare Wirkung in Bezug auf Rechtsstreitigkeiten zwischen Privatpersonen, wird insoweit während der Umsetzungsfrist nichts anderes, vor allem nichts Weitergehendes gelten können. Auf die Frage, inwiefern – grundsätzlich mögliche<sup>71</sup> – Vorwirkungen von einer noch in der Umsetzungsphase befindlichen Richtlinie ausgehen, kommt es insoweit nicht an.

b) Soweit es um das europäische Primärrecht in Form der Niederlassungsfreiheit gem. Art. 49 AEUV (= Art. 43 EGV), der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56 AEUV (= Art. 49 EGV) oder sonstige allgemeine unionsrechtliche Grundsätze des Unionsrechts geht, ist für Sachverhalte, die in den Lauf der Umsetzungsfrist der Dienstleistungsrichtlinie fallen, ebenfalls zu beachten, dass diese Primärregelungen auf einen Sachverhalt, dessen Merkmale nicht über die Grenzen eines Mitgliedstaates hinausweisen, grundsätzlich keine Anwendung finden.<sup>72</sup> Insoweit kann nichts anderes gelten als für Sachverhalte, auf welche die HOAI 2009 bzw. 2013 Anwendung findet. Ist keine Partei außerhalb der Bundesrepublik Deutschland ansässig und/oder wird die versprochene Leistung nicht außerhalb des Bundesgebiets erbracht, ist der Sachverhalt nicht durch Merkmale mit grenzüberschreitendem Bezug charakterisiert. Das gilt unabhängig davon, ob es in derartigen Situationen statt auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses auf denjenigen der letzten mündlichen Verhandlung in den Tatsacheninstanzen ankommen könnte.<sup>73</sup>

c) Freilich ist auch in Bezug auf [§ 4 HOAI \(1996/2002\)](#) grundsätzlich die Frage nach einer möglichen richtlinienkonformen Auslegung im Sinne einer Unverbindlichkeit der Mindestsätze der HOAI im Verhältnis zwischen Privatpersonen zu stellen. Hierauf kann die Antwort allerdings nicht anders ausfallen als in den Entscheidungen des VII. Zivilsenats zur HOAI 2013.<sup>74</sup> Der Gesetz- und Verordnungsgeber hat auch mit den Regelungen zur Geltung der Mindestsätze in [§ 4 HOAI \(1996/2002\)](#) eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass eine unterhalb der verbindlichen Mindestsätze liegende Honorarvereinbarung für Architekten- und Ingenieurleistungen – von bestimmten Ausnahmen abgesehen – unwirksam ist und sich die Höhe des Honorars in diesem Fall nach den Mindestsätzen bestimmt. Dies ergibt sich sowohl aus dem klaren Wortlaut der betreffenden Regelungen als auch aus ihrem Sinn und Zweck, durch Mindestpreise Umfang und Qualität von Architekten- und Ingenieurleistungen zu gewährleisten und einen ungezügelter Preiswettbewerb zu vermeiden. Dass die HOAI 1996/2002 noch nicht die ab 2009 geltende Inländerbeschränkung enthielt, rechtfertigt insoweit kein anderes Verständnis.<sup>75</sup>



2. Für Architekten- oder Ingenieurverträge, die bereits vor dem Inkrafttreten der Dienstleistungsrichtlinie am 28.12.2006 geschlossen wurden, ist auf das erwähnte Urteil des EuGH vom 27.10.2022<sup>76</sup> betreffend das Vorabentscheidungsersuchen des LG Mainz zu verweisen.

Im zugrunde liegenden Sachverhalt war der Architektenvertrag im Oktober 2004 geschlossen und der erteilte Auftrag im Mai und im Juli 2005 erweitert worden. Eine nochmalige Zusatzvereinbarung hatten die Parteien am 22.12.2006 geschlossen. Mit Abschlagsrechnung vom 05.09.2009 rechnete der Architekt die erbrachten Leistungen nicht auf der Grundlage des vertraglich im Oktober 2004 vereinbarten Honorars, sondern unter Berufung auf [§ 4 Abs. 1 HOAI](#) 1996/2002 nach den – höheren – Mindestsätzen ab.

Zu der vom LG Mainz aufgeworfenen Frage der Anwendbarkeit der Dienstleistungsrichtlinie hat der EuGH darauf verwiesen, eine neue Rechtsnorm sei ab dem Inkrafttreten des Rechtsakts anwendbar, mit dem sie eingeführt werde; sie sei danach – vorbehaltlich von Sonderfällen – zwar nicht auf unter dem alten Recht entstandene und endgültig erworbene Rechtspositionen anwendbar, doch finde sie auf deren künftige Wirkungen sowie auf neue Rechtspositionen Anwendung. Insoweit könne eine vor dem Inkrafttreten einer Richtlinie entstandene Situation gleichwohl künftige Wirkungen entfalten, die gemäß dem Grundsatz, wonach neue Vorschriften sofort auf solche künftigen Wirkungen anwendbar seien, ab dem Ablauf ihrer Umsetzungsfrist von dieser Richtlinie geregelt würden.<sup>77</sup>

Vorliegend waren alle vertraglichen Rechtsakte einschließlich der letzten Zusatzvereinbarung vom 22.12.2006 schon vor dem Inkrafttreten der Dienstleistungsrichtlinie (28.12.2006) geschlossen worden. Daher sei – so der EuGH – die Rechtsposition, um die es im Ausgangsverfahren geht, unter der alten Regelung entstanden und endgültig erworben worden. Dies werde nicht dadurch in Frage gestellt, dass das nationale Gerichtsverfahren erst nach dem 28.12.2009 (Ablauf der Umsetzungsfrist) – im August 2010 – eingeleitet worden sei. Daher sei auf die erste Frage des Vorlagebeschlusses zu antworten, dass die Dienstleistungsrichtlinie dahin auszulegen ist, dass sie nicht auf einen Fall anwendbar ist, in dem ein Vertrag vor dem Inkrafttreten dieser Richtlinie geschlossen wurde und dieser Vertrag vor dem Ablauf der Frist für die Umsetzung der Richtlinie alle seine Wirkungen erschöpft hat.<sup>78</sup> Hinsichtlich des europäischen Primärrechts ergeben sich aus dem Urteil vom 27.10.2022<sup>79</sup> keine vom Urteil vom 18.01.2022<sup>80</sup> abweichenden Erkenntnisse; der EuGH hat vielmehr auch in dieser neueren Entscheidung für die Frage der Anwendbarkeit der Grundfreiheiten hinsichtlich des erforderlichen Auslandsbezugs ausschließlich auf die tatsächlichen Umstände des Sitzes und des Ortes der Leistungserbringung abgestellt.<sup>81</sup>

3. Sichtet man das aktuelle architektenrechtliche Schrifttum, so gehört womöglich in das Kapitel der offenen Fragen ferner diejenige nach einer etwaigen Verfassungswidrigkeit der Regelungen über die HOAI-Mindestsätze.<sup>82</sup>



Bereits in ersten Besprechungen des EuGH-Urteils<sup>83</sup> wurde im Zusammenhang mit der Frage, unter welchem Anknüpfungspunkt die Feststellung des EuGH fruchtbar zu machen sei, jedes nationale Gericht könne die Anwendung jeder Bestimmung des nationalen Rechts, die gegen eine Bestimmung des Unionsrechts ohne unmittelbare Wirkung verstößt, aufgrund des innerstaatlichen Rechts ausschließen,<sup>84</sup> das Verfassungsrecht genannt.<sup>85</sup>

Verfassungsrechtliche Bedenken in Bezug auf das verbindliche Preisrecht der „alten“ HOAI werden seit Längerem vor allem unter zwei Aspekten thematisiert, zum einen in Bezug auf den Gleichheitssatz des [Art. 3 Abs. 1 GG](#) sowie zum anderen im Hinblick auf die durch [Art. 12 Abs. 1 GG](#) geschützte Berufsfreiheit. Die in den HOAI-Fassungen der Jahre 2009 und 2013 enthaltene Beschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs ([§ 1 HOAI](#)), wonach die zwingenden preisrechtlichen Vorschriften nur für Planer mit Sitz im Inland gelten, die Leistungen im Inland erbringen, während im Ausland ansässige Planer ihr Honorar frei vereinbaren können, wird bekanntlich unter dem Stichwort der „Inländerdiskriminierung“ erörtert, d.h. einer Ungleichbehandlung inländischer Planer durch die zwingenden Honorarvorschriften. Inländische Planer seien hierdurch, so die Argumentation, einem verfassungsrechtlich nicht mehr zu rechtfertigenden Wettbewerbsnachteil gegenüber ausländischen Planern ausgesetzt.<sup>86</sup>

Soweit die zwingenden preisrechtlichen Vorgaben der HOAI inländische Planer an der freien Vereinbarkeit ihrer Honorare hindern, liegt darin im Ausgangspunkt ein nach [Art. 12 Abs. 1 GG](#) relevanter Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung als Grundlage der persönlichen und wirtschaftlichen Lebensführung.<sup>87</sup> Denn das Grundrecht aus [Art. 12 Abs. 1 GG](#) erfasst auch die Freiheit, das Entgelt für berufliche Leistungen selbst festzusetzen oder mit den Interessenten auszuhandeln.<sup>88</sup> Das BVerfG hat allerdings bereits im Jahr 2005 – zu [§ 4 HOAI](#) in der damals geltenden Fassung (1996/2002) – entschieden, die Sicherung und Verbesserung der Qualität der Tätigkeit des Architekten sei ein legitimes Ziel des zwingenden Preisrechts, zu dessen Herbeiführung verbindliche Mindesthonorarsätze geeignet seien.<sup>89</sup> Anders als der EuGH in seinem Urteil vom 04.07.2019<sup>90</sup> sah das BVerfG mit Blick auf [Art. 12 Abs. 1 GG](#) jedenfalls kein „Inkohärenz-Problem“ unter dem Aspekt, dass für die Planungsleistungen selbst keine die Leistungsqualität gewährleistenden Mindestgarantien gelten.<sup>91</sup> Wenngleich die damalige Verfassungsbeschwerde insofern erfolgreich war, als der Zweck der HOAI nicht das Verbot der Unterschreitung der Mindestsätze für die Vergütung von Architektenwettbewerbsbeiträgen rechtfertigte, wird in ihr durchweg die inzidente Klarstellung gesehen, dass der Mindestpreischarakter der HOAI einen verfassungsrechtlich gerechtfertigten Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit darstelle.<sup>92</sup> Auch der BGH äußerte in einer späteren Entscheidung aus April 2014 hieran keine Zweifel.<sup>93</sup>

Die Rechtsprechung hat bislang keine Tendenzen erkennen lassen, das System verbindlicher Mindest- und Höchstsätze für verfassungswidrig zu halten.<sup>94</sup> Ohne zu diesen Fragen hier eine eigene Bewertung vornehmen zu wollen, will ich es zu diesem Problemkreis bei einer Anmerkung bewenden lassen:



Soweit die Wirksamkeit der preisrechtlichen Bestimmungen der HOAI – einer Rechtsverordnung – innerhalb eines fachgerichtlichen Verfahrens gerichtlich zu überprüfen ist, dürfte eine Verwerfung dieser Regelungen durch das Fachgericht von vorneherein voraussetzen, dass derjenige Verfahrensbeteiligte, der sich auf die Verfassungswidrigkeit der Preisregelungen beruft, insoweit einer eigenen grundrechtlichen Beschwerde unterliegen muss.<sup>95</sup> Das wäre daher für den Auftragnehmer (Planer) sowie für den Auftraggeber ebenso getrennt zu prüfen wie für die Aufstockungsklage einerseits sowie für eine Honorarklage, mit der ein Planer die Verfassungswidrigkeit der Höchstsätze geltend macht.

---



*	Für die Veröffentlichung überarbeitete Fassung des Vortrags beim 3. Kongress zum Architekten- und Ingenieurrecht der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin am 09.11.2022. Das <a href="#">BGH-Urteil vom 03.11.2022 – VII ZR 724/21</a> , <a href="#">BauR 2023, 255</a> ist nachträglich ergänzend eingearbeitet worden.
**	Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof.
1	EuGH, <a href="#">BauR 2019, 1624</a> .
2	Vgl. Art. 260 Abs. 1 AEUV, siehe dazu BeckOK BauverR/Fuchs BGB § 650p Rdnr. 15c.
3	<a href="#">Richtlinie 2006/123/EG</a> des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (Dienstleistungsrichtlinie), ABl. 2006 L 376 v. 27.12.2006, S. 36.
4	EuGH, <a href="#">BauR 2019, 1624</a> Rdnr. 57 f.
5	Vgl. BGHZ 136, 1 = <a href="#">BauR 1998, 815</a> ; Beck HOAI/Vogel/Langjahr, 3. Aufl. 2022, HOAI § 1 Rdnr. 37. Dies kommt auch in dem Titel „Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen“ zum Ausdruck.
6	EuGH, <a href="#">BauR 2019, 1624</a> Rdnr. 92.
7	EuGH, <a href="#">BauR 2019, 1624</a> Rdnr. 95. Siehe nun <a href="#">§ 2a Abs. 1 Satz 1 HOAI</a> 2021.
8	EuGH, <a href="#">BauR 2019, 1624</a> Rdnr. 97.
9	Art. 1 des Gesetzes v. 12.11.2020 BGBl. I 2392, 2393.
10	Verordnung v. 02.12.2020, BGBl. I 2623.
11	Schmidt, NJW 2021, 2491. Vgl. auch BR-Drucks. 539/20, S. 14 unter A. I.
12	Fuchs/Berger/Seifert, NZBau 2021, 3 (5); Beck HOAI/Vogel/Langjahr, 3. Aufl. 2022, HOAI § 1 Rdnr. 37.
13	Moufang, NJW 2022, 927 (931).
14	Zusammenstellung der wesentlichen Eckpunkte der Neuregelung bei BeckOK BauverR/Fuchs BGB § 650p Rdnr. 15p.
15	Keine Aussetzung mangels Vorgreiflichkeit: OLG Naumburg, <a href="#">BauR 2017, 1549</a> ; LG Stuttgart, BeckRS 2018, 41568; a.A. OLG Dresden, <a href="#">BauR 2020, 870</a> ; LG Dresden, BeckRS 2018, 44863 (s. dazu EuGH, <a href="#">BauR 2020, 860</a> ); LG Baden-Baden, BeckRS 2019, 13526.
16	Schmidt, NJW, 2021, 2491 Rdnr. 16 ff. Eingehender Überblick zum Streitstand bei Beck HOAI/Fuchs 3. Aufl. 2022, HOAI Vorbemerkung § 7 Rdnr. 14.
17	OLG Celle, <a href="#">BauR 2019, 1636</a> (s. dazu BGH, BeckRS 2020,13683); <a href="#">BauR 2019, 1633</a> ; <a href="#">BauR 2019, 1957</a> (s. dazu BGH, <a href="#">BauR 2020, 1400</a> ); <a href="#">BauR 2020, 1044</a> (s. dazu BGHZ 230, 120); <a href="#">BauR 2020, 1192</a> ; NJW 2020, 3663; ebenso KG, <a href="#">BauR 2020, 666</a> (s. dazu BGH, <a href="#">BauR 2022, 1519</a> ); OLG Düsseldorf, <a href="#">BauR 2019, 1963</a> ; OLG Schleswig, <a href="#">BauR 2020, 671</a> . Aus dem Schrifttum siehe namentlich Fuchs/van der Hout/Opitz, NZBau 2019, 483 (485 f.); Bitzer/Wittig, NZBau 2019, 683 f.
18	OLG Hamm, <a href="#">BauR 2019, 1810</a> ; KG, <a href="#">BauR 2019, 1947</a> ; <a href="#">BauR 2020, 1958</a> ; OLG München, <a href="#">BauR 2020, 674</a> ; OLG Dresden, <a href="#">BauR 2020, 1190</a> ; die Streitfrage offenlassend OLG Brandenburg, <a href="#">BauR 2020, 1026</a> . Aus dem Schrifttum siehe namentlich Gundel, <a href="#">BauR 2020, 23</a> ; Sturmberg, <a href="#">BauR 2019, 1505</a> .
19	OLG Düsseldorf, <a href="#">BauR 2020, 863</a> zur HOAI 2009.



<a href="#">20</a>	Zu einem weiteren Lösungsvorschlag vgl. Kluth, NJW 2020, 1471.
<a href="#">21</a>	LG Dresden, BeckRS 2018, 44863.
<a href="#">22</a>	EuGH, <a href="#">BauR 2020, 860</a> = ABI. EU 2020, Nr. C 313, 2.
<a href="#">23</a>	EuGH, <a href="#">BauR 2020, 860</a> Rdnr. 21.
<a href="#">24</a>	<a href="#">BGH, Beschl. v. 14.05.2020 – VII ZR 174/19</a> , BGHZ 225, 297 = <a href="#">BauR 2020, 1490</a> . Soweit der VII. Zivilsenat des BGH am 14.05.2020 auch über die Revision gegen das Urteil OLG Celle <a href="#">BauR 2019, 1957</a> verhandelt und entschieden hat, kam es in diesem Rechtsstreit auf die unionsrechtlichen Fragestellungen nicht entscheidungserheblich an, vgl. BGH, <a href="#">BauR 2020, 1499</a> .
<a href="#">25</a>	OLG Hamm, <a href="#">BauR 2019, 1810</a> .
<a href="#">26</a>	BGHZ 225, 297 Rdnr. 12 ff. = <a href="#">BauR, 2020, 1490</a> .
<a href="#">27</a>	Vgl. dazu Unseld, NVwZ 2022, 314 (318); Remien, LMK 2021, 807659.
<a href="#">28</a>	Zustimmend Deckers, ZfBR 2022, 419 (420).
<a href="#">29</a>	<a href="#">EuGH, Urt. v. 18.01.2022 – C-261/20</a> , ABI. EU 2022 Nr. C 119, 11 (12) = <a href="#">BauR 2022, 527</a> = EuZW 2022, 164 m. Anm. Gundel = NVwZ 2022, 314 m. Anm. Unseld = NJW 2022, 927 m. Anm. Moufang; s.a. Steffen, NJW-Spezial 2022, 76 [OLG Düsseldorf 17.05.2021 - 23 U 81/20].
<a href="#">30</a>	BeckRS 2021, 19869.
<a href="#">31</a>	Buhlmann, LMK 2022, 810707, sieht die Antwort des EuGH in dessen bisheriger Rechtsprechung vorgezeichnet.
<a href="#">32</a>	EuGH, BeckRS 2017, 114684 Rdnr. 39; BeckRS 2018, 5386 Rdnr. 73 ff.
<a href="#">33</a>	BGHZ 225, 297 Rdnr. 36 = <a href="#">BauR 2020, 1490</a> .
<a href="#">34</a>	EuGH, <a href="#">BauR 2019, 1624</a> .
<a href="#">35</a>	Gundel, EuZW 2022, 168.
<a href="#">36</a>	Vgl. hierzu Koeble/Zahn, <a href="#">BauR 2022, 549 (552 f.)</a> ; eingehend Averhaus, Festschrift Oppler (2021), 1 ff.
<a href="#">37</a>	BeckRS 2021, 19869 Rdnr. 43.
<a href="#">38</a>	Fuchs, LTO v. 18.01.2022.
<a href="#">39</a>	Unseld, NVwZ 2022, 314 (318).
<a href="#">40</a>	Lederer, jurisPR-PrivBauR 3/2022 Anm. 1; Deckers, ZfBR 2022, 211 (212); vgl. auch Fuchs, LTO v. 18.01.2022.
<a href="#">41</a>	BGHZ 225, 297 Rdnr. 42.
<a href="#">42</a>	EuGH, <a href="#">BauR 2019, 1624</a> Rn. 97.
<a href="#">43</a>	Angesichts der Begründung im <a href="#">Urt. v. 18.01.2022 – C-261/20</a> wäre mit Rücksicht darauf, dass der Anwendungsbereich der HOAI 2009/2013 sowieso auf reine Inlandsfälle beschränkt war, zu erwägen gewesen, die Art. 49 AEUV betreffende Frage im <a href="#">Urt. v. 04.07.2019 – C-377/17</a> schlicht zu verneinen.
<a href="#">44</a>	<a href="#">EuGH, Urt. v. 18.01.2022 – C-261/20</a> .



45	<a href="#">BGH, Ur. v. 02.06.2022 – VII ZR 174/19</a> , <a href="#">BauR 2022, 1515</a> .
46	Koebble/Zahn, <a href="#">BauR 2022, 549 (553 f.)</a> ; Fuchs, IBR 2022, 74; Buhlmann, LMK 2022, 810707; siehe aber auch Deckers, ZfBR 2022, 419 (426).
47	EuGH, <a href="#">BauR 2022, 527</a> .
48	Anders Deckers, ZfBR 2022, 419 (426) [ <a href="#">BGH 24.03.2022 - V ZB 60/21</a> ] .
49	BGH – VII ZR 174/19, BGHZ 225, 297 Rdnr. 12 ff.
50	EuGH, <a href="#">BauR 2022, 527</a> .
51	EuGH, <a href="#">BauR 2022, 527</a> . Rdnr. 33, 40, 48.
52	EuGH, <a href="#">BauR 2022, 527</a> , Rdnr. 33.
53	Lederer, jurisPR-PrivBauR 3/2022 Anm. 1.
54	Vgl. auch Koebble/Zahn, <a href="#">BauR 2022, 549 (551 f.)</a> .
55	Vgl. BGHZ 229, 139 Rdnr. 81 m.w.N.
56	AA offenbar OLG München, Beschl. v. 07.07.2020 – 9 U 2001/19, juris, Rdnr. 4, wonach selbst dann, wenn man den deutschen Gesetzgeber als gebunden und die HOAI bis auf Weiteres als wirksam ansehe, die Berufung auf eine „irreparabel europarechtswidrige Anspruchsgrundlage“ treuwidrig erscheine.
57	EuGH, <a href="#">BauR 2022, 527</a> Rn. 51 ff.
58	OLG Düsseldorf, NZBau 2020, 393 Rdnr. 73 ff.; hiergegen KG, BeckRS 2019, 18577 Rdnr. 65; i.E. ebenso OLG Düsseldorf, NJW-RR 2021, 1178 Rdnr. 46; OLG Celle, <a href="#">BauR 2021, 581</a> ; vgl. aber auch Fuchs IBR 2023, 23, der davon ausgeht, die genauen Konturen des grenzüberschreitenden Bezugs seien weiter unklar.
59	<a href="#">EuGH, Ur. v. 27.10.2022 – C-544/21</a> , <a href="#">BauR 2023, 107</a> ; siehe dazu Fuchs IBR 2023, 22.
60	EuGH, <a href="#">BauR 2023, 107</a> Rdnr. 32.
61	EuGH, <a href="#">BauR 2022, 527</a> .
62	BGH, <a href="#">BauR 2022, 1519</a> ; dazu Steffen NJW-Spezial 2022, 493.
63	BGH, <a href="#">BauR 2022, 1525</a> .
64	OLG Celle, <a href="#">BauR 2019, 1633</a> ; <a href="#">BauR 2020, 1014</a> ; vgl. auch KG <a href="#">BauR 2022, 666 (668)</a> .
65	EuGH, <a href="#">BauR 2022, 527</a> .
66	BGH, <a href="#">BauR 2022, 1519</a> Rdnr. 39; <a href="#">BauR, 2022, 1525</a> Rdnr. 21.
67	Vgl. BT-Drucks. VI/1549, S. 14.
68	So auch Fuchs, IBR 2022, 409 [ <a href="#">BGH 02.06.2022 - VII ZR 229/19</a> ] ; Scharfenberg, IBR 2022, 466 [ <a href="#">BGH 02.06.2022 - VII ZR 12/21</a> ] .
69	EuGH, <a href="#">BauR 2022, 527</a> .
70	<a href="#">BGH, Ur. v. 03.11.2022 – VII ZR 724/21</a> , <a href="#">BauR 2023, 255</a> .



<a href="#">71</a>	BGH, BKR 2021, 52 <a href="#">[BGH 07.04.2020 - KVR 13/19]</a> Rdnr. 16.
<a href="#">72</a>	<a href="#">BGH, Ur. v. 03.11.2022 – VII ZR 724/21</a> , <a href="#">BauR 2023, 255</a> .
<a href="#">73</a>	<a href="#">BGH, Ur. v. 03.11.2022 – VII ZR 724/21</a> <a href="#">BauR 2023, 255</a> .
<a href="#">74</a>	BGHZ 225, 297 Rdnr. 19 ff. = <a href="#">BauR 2020, 1490</a> ; BGH <a href="#">BauR 2022, 1515</a> Rdnr. 21.
<a href="#">75</a>	<a href="#">BGH, Ur. v. 03.11.2022 – VII ZR 724/21</a> <a href="#">BauR 2023, 255</a> .
<a href="#">76</a>	<a href="#">EuGH, Ur. v. 27.10.2022 – C-544/21</a> , <a href="#">BauR 2023, 107</a> .
<a href="#">77</a>	EuGH, <a href="#">BauR 2023, 107</a> Rdnr. 19 f.
<a href="#">78</a>	EuGH, <a href="#">BauR 2023, 107</a> Rdnr. 24 . Erstaunen muss an dieser Begründung, dass sie sich mit der Kernaussage des <a href="#">EuGH-Urteils vom 18.01.2022 - C-261/20</a> - wonach der Dienstleistungsrichtlinie nach Ablauf der Umsetzungsfrist keine unmittelbare Wirkung zwischen Privaten zukommt, überhaupt nicht befasst. Hat nämlich diese Richtlinie nicht einmal nach Ablauf ihrer Umsetzungsfrist eine unmittelbare Wirkung in einem solchen Rechtsverhältnis, dann ist schon im Ansatz nicht ersichtlich, inwiefern hinsichtlich eines sogar noch vor Inkrafttreten dieser Richtlinie geschlossenen Vertrages überhaupt ernstlich etwas Anderes sollte erwogen werden können; vgl. auch Fuchs IBR 2023, 22.
<a href="#">79</a>	<a href="#">EuGH, Ur. v. 27.10.2022 – C-544/21</a> .
<a href="#">80</a>	<a href="#">EuGH, Ur. v. 18.01.2022 – C-261/20</a> .
<a href="#">81</a>	EuGH, <a href="#">BauR 2023, 107</a> Rdnr. 27, 32.
<a href="#">82</a>	Vgl. hierzu Deckers, ZfBR 2022, 419 (421 ff.); eingehend auch Kremer, <a href="#">BauR 2022, 1241 ff.</a>
<a href="#">83</a>	<a href="#">EuGH, Ur. v. 18.01.2022 – C-261/20</a> .
<a href="#">84</a>	EuGH, <a href="#">BauR 2022, 527</a> Rdnr. 33.
<a href="#">85</a>	Lederer, jurisPR-PrivBauR 3/2022 Anm. 1; Koeble/Zahn, <a href="#">BauR 2022, 549 (551)</a> .
<a href="#">86</a>	Kremer, <a href="#">BauR 2022, 1241 (1243 f.)</a> .
<a href="#">87</a>	Kremer, <a href="#">BauR 2022, 1241 (1242)</a> .
<a href="#">88</a>	BVerfG, <a href="#">BauR 2005, 1946</a> , juris, Rdnr. 11.
<a href="#">89</a>	BVerfG, <a href="#">BauR 2005, 1946</a> , juris, Rdnr. 17.
<a href="#">90</a>	EuGH, <a href="#">BauR 2019, 1624</a> Rdnr. 92.
<a href="#">91</a>	Kremer, <a href="#">BauR 2022, 1241 (1242)</a> .
<a href="#">92</a>	Siehe etwa Beck HOAI/Vogel/Langjahr 3. Aufl. 2022 HOAI § 1 Rdnr. 20; Koeble/Zahn, <a href="#">BauR 2022, 549 (551)</a> ; Kremer, <a href="#">BauR 2022, 1241 (1242 f.)</a> ; Schwenker, <a href="#">BauR 2005, 1949 f.</a> Hiergegen aber Deckers, ZfBR 2022, 419 (421 f.).
<a href="#">93</a>	BGHZ 201, 32 Rdnr. 16 = <a href="#">BauR 2014, 1332</a> ; Kremer, <a href="#">BauR 2022, 1241 (1243)</a> .
<a href="#">94</a>	Beck HOAI/Vogel/Langjahr, 3. Aufl. 2022 HOAI § 1 Rdnr. 20; Lederer, jurisPR-PrivBauR 3/2022 Anm. 1; Deckers, ZfBR 2022, 419 (421 f.).



Wolters Kluwer

arge arbeitsgemeinschaft für  
bau- und immobilienrecht  
**baurecht**

**baurecht**  
RECHT FÜR DEN GROSSEN PRAXISBEREICH

[95](#)

Kremer, [BauR 2022, 1241 \(1244 f.\)](#); s.a. Lederer, jurisPR-PrivBauR 3/2022 Anm. 1.