

Auswirkungen von Kündigungen nach § 649 BGB auf Architektur- und Ingenieurbüros

1. Einführung

Mit der Annahme eines Auftrages gibt das beauftragte Architektur- oder Ingenieurbüro ein Leistungsversprechen gegenüber seinem Auftraggeber ab.

Um dieses Leistungsversprechen abgeben und einhalten zu können, bedarf es einer stetigen Leistungs- und Dienstbereitschaft, die aus der personellen Besetzung eines Büros und seinem qualitativen und quantitativen Leistungsvermögen besteht. Wenn unter Planung ein informationsverarbeitender Prozeß zu verstehen ist, dann wird deutlich, wie wichtig es für ein Büro ist, möglichst qualitative Planer zu beschäftigen, die in der Vergangenheit Informationen gesammelt und verarbeitet haben und diese dann vorhalten.¹⁾

Der beträchtliche Aufwand für das Ansammeln von Informationen wird sich für ein Büro nur dann lohnen, wenn der Aufwand auch durch ein entsprechendes Auftragsvolumen getragen wird.

Wird nun ein Auftrag, der diesen Aufwand mitträgt, gekündigt, muß das Büro die Leistungsbereitschaft weiterhin aufrechterhalten, um neue Aufträge übernehmen zu können. Es muß auch zukünftig in der Lage sein, weitere Leistungsversprechen gegenüber dem gleichen oder anderen Bauherren abgeben zu können.

Viele Personal- und Sachkosten in einem Architektur-/Ingenieurbüro sind nicht allein von den tatsächlichen Leistungen und deren Inanspruchnahme abhängig, sondern von *Erwartungen*. An diesen Erwartungen wird die Personalbemessung ausgerichtet.

Die Kosten der Betriebsbereitschaft fallen auch dann in beträchtlicher Höhe an, wenn die erwarteten oder geplanten Leistungen nicht erbracht werden können/müssen, weil ein Nachtragsauftrag ausbleibt oder ein vorhandener gekündigt wird.

Im Gegensatz zu Bauleistungen, die überwiegend materieller Natur sind, handelt es sich bei den Architektenleistungen „eigentlich“ um *Dienstleistungen*, auch wenn die Leistungsphasen einzelner Leistungsbilder der HOAI dem Werkvertragsrecht unterliegen.

Typisch für ein Planungsbüro ist die vorgehaltene Dienstbereitschaft eines vorhandenen Personalapparates gegenüber wechselnden Anforderungen, wie sie aus dem Kreis der Auftraggeber zu erwarten sind.

„Das Planungsbüro kann aufgrund der genannten Anforderungen seine kalkulatorischen Überlegungen weder an die „Ausgangsmaterialien“ noch an die „Endprodukte“ anknüpfen, sondern muß danach fragen, was diese Dienstbereitschaft je Zeiteinheit, d. h. je Monat, Tag oder Stunde kostet. Die „sauberste“ Art, den Totalerfolg eines Betriebes zu ermitteln, besteht darin, alle Einzahlungen und alle Auszahlungen über die gesamte „Lebensdauer“ des Büros zu ermitteln.“²⁾

1) *Werner Frik*: Die Berechnung des sogenannten „entgangenen Gewinns“ bei vorzeitiger Vertragskündigung, DAB 11/86, S. 138 ff.

2) *Pfarr/Arlt/Hobusch*: Das Planungsbüro und seine Kosten, Deutscher Consulting-Verlag, 1974.

Der Büroinhaber geht ein erhebliches Risiko ein, da er nicht sicher sein kann, ob seine Erwartungen ganz oder auch nur teilweise erfüllt werden.

Merkmale dieses Risikos sind

- die Ungewißheit ob, wann und was für ein neuer Auftrag erteilt wird, wie groß dieser ist, ob er in das Leistungsspektrum des Büros paßt und ob er am Ende einen Gewinn abwirft und
- die Unfähigkeit, die Auftragserteilung oder das Ausbleiben des Auftrages wesentlich beeinflussen zu können. Das Büro selbst kann ohne Auftrag kein „Produkt entwickeln und vermarkten“, weil ihm Grundstück und Investor für eine Baumaßnahme fehlen.

Der Unternehmenserfolg, aus betriebswirtschaftlicher Sicht z. B. als „Return of Investment“ gesehen, ist von zahlreichen kritischen Erfolgsfaktoren abhängig.

„Die Entscheidung, die Betriebsbereitschaft eines Planungsbüros in bestimmter Größe aufrechtzuerhalten und damit Fixkosten in beachtlicher Höhe vorzuhalten, die auch noch fast restlos ausgabenwirksam sind, geschieht aufgrund von *Erwartungen*.“³⁾

Wie weit diese Erwartungen in die Zukunft reichen dürfen, ist durch die Rechtsprechung noch nicht erhärtet.

Für jeden Beurteilenden – Auftraggeber, Auftragnehmer, Rechtsanwalt, Richter und Sachverständigen – wird diese Frage besonders schwer zu beantworten sein, wenn beispielsweise ein großes, über mehrere Jahre laufendes Projekt bereits in der Vorplanungsphase gekündigt wird.

Wie lange in einem solchen Fall der Auftragnehmer Personal vorhalten darf oder muß, wird zukünftig auch den Beurteilungen der Gerichte unterliegen. Dabei ist zu berücksichtigen, daß ein Vorhalten auf höchstem Niveau mit erheblichen Kosten verbunden ist. Die Formel dafür lautet:

$$\text{Dienstleistungsgrad} = \frac{\text{Termingerechte Leistung}}{\text{Gesamtzahl der Bedarfsanmeldungen oder Bedarfserwartungen}}$$

Hierin besteht die Schwierigkeit der Errechnung des „entgangenen Gewinns“, weil dieser nach BGH-Entscheidung auf den Einzelfall bezogen sein muß, womit meist eine erhebliche Ungenauigkeit verbunden ist.

Dem Anspruchsteller ist es nach dem BGH verwehrt, bei der Ermittlung des Gemeinkostenzuschlages Werte anderer – vergleichbarer – Büros heranzuziehen.

Bei der Durchführung einer Vergleichsanalyse werden insbesondere Probleme der Leistungsmessung und der Vergleichbarkeit von Meßgrößen deutlich.

Dieses zunächst im Hinblick auf Größe, Struktur und Geschäftsfelder von Vergleichsbüros.

3) Pfarr/Arlt/Hobusch: Das Planungsbüro und seine Kosten, Deutscher Consulting-Verlag, 1974.

Aber auch der hohe kreative Anteil in den verschiedenen (Planungs-)Leistungen ist nur schwer vergleichbar und abhängig von

- der spontanen – ersten – richtigen Idee
- der Akzeptanz dieser Idee durch den Auftraggeber
- der problemlosem Durchsetzbarkeit aus rechtlicher Sicht (Planungs- und Bauordnungsrecht)
- der Wirtschaftlichkeit.

Planung ist immer noch individuelle „Handarbeit“ mit vielen Unwägbarkeiten.

Bürovergleiche, betriebswirtschaftlich mit Benchmarking bezeichnet, können sich allenfalls auf Kennzahlen beschränken, die aus der Beschäftigungszahl, der Bürostruktur, dem Umsatz und dem Gewinn ermittelt werden.

Soll ein Benchmarking auch nur einigermaßen aussagekräftig sein, sind detaillierte Analysen von Geschäftsfeldern, Personaleinsatz, Zeitbedarf und Kosten im Zusammenhang mit dem Leistungsumfang anzustellen.

Sofern ein Sachverständiger vor die Aufgabe gestellt wird, Vergleichsgrößen erarbeiten zu müssen, kann dieses nach einer Tabelle von *Horvath / Herter* (Abb. 1) erfolgen:

Parameter	Ausprägung des Parameters			
	Produkte	Methoden		Prozesse
Objekt				
Zielgröße	Kosten	Qualität	Kunden-zufriedenheit	Zeit
Vergleichsparameter	andere Geschäftsbereiche	Konkurrenten	gleiche Branche	andere Branche

Abb. 1 Formen des Benchmarking⁴⁾

Das volle Honorar unter Abzug der ersparten Aufwendungen ist ein vom Gesetzgeber zugebilligter Ausgleich für das notwendigerweise auch nach Kündigung erforderliche Vorhalten der Dienstbereitschaft.

Daraus folgert, daß die Höhe der ersparten Aufwendungen eines einzelnen Auftrages gar nicht schlüssig beantwortet werden kann. Es können allenfalls Annäherungswerte im Rahmen einer Gesamtanalyse eines Planungsbüros über einen längeren Zeitraum ermittelt werden. Während dieses Zeitraumes liefern unterschiedliche Projekte mit verschiedenen Leistungsphasen und unterschiedlichem Bearbeitungsstand unterschiedliche Deckungsbeiträge. Es sind auch Einflüsse zu berücksichtigen, die bei jedem Büro anders gelagert sind. Diese Gesamtanalyse ist allerdings nur mit hohem Aufwand möglich, die selbst Sachverständige vor Schwierigkeiten stellt: Bauanalysen, Prüfung der Verträge mit Angestellten, „Freien Mitarbeitern“ und „Subunternehmern“ und Plausibilitätsprüfungen sind erforderlich.

4) Nach *Horvath/Herter* 1992.

2. Aufwandskalkulation in einem Architektur-/Ingenieurbüro

Die meisten Planungsbüros messen ihren Erfolg nicht durch Bilanzvergleiche oder Gewinn- und Verlustrechnungen, sondern bedienen sich einer verbesserten Einnahmen-/Überschußrechnung. Das Ergebnis dieser EÜ-Rechnung ist noch durch die Kostenarten

- „kalkulatorische Abschreibung“
(als häufig lineare Abschreibung nach betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten)
 - „kalkulatorischer Unternehmergehalt“ einschließlich Nebenkosten
(als kalkulatorische Gehaltsgröße für einen angestellten Manager gleicher Qualifikation und gleichem Einsatz)
 - „kalkulatorische Zinsen“
(als Verzinsung von Eigen- und Fremdkapital nach der Überlegung: wie hätte man das Kapital zinswirksam anderweitig eingesetzt?)
- zu vervollständigen.

Die Gesamtkosten eines Büros lassen sich dann gliedern in

- ihre Zurechenbarkeit auf Kostenträger als *Einzel- und Gemeinkosten*
- und
- ihr Verhalten bei „schwankender“ Beschäftigung in *variable und fixe Kosten*.

Die in einem Architektur-/Ingenieurbüro anfallenden Kosten sind in jüngerer Vergangenheit in zahlreichen Artikeln behandelt worden, z. B. umfassend von *Eich/Eich*.⁵⁾

Der Fixkostenanteil in Deutschland beträgt durchschnittlich über 60 %, weshalb vertiefend darauf eingegangen wird.

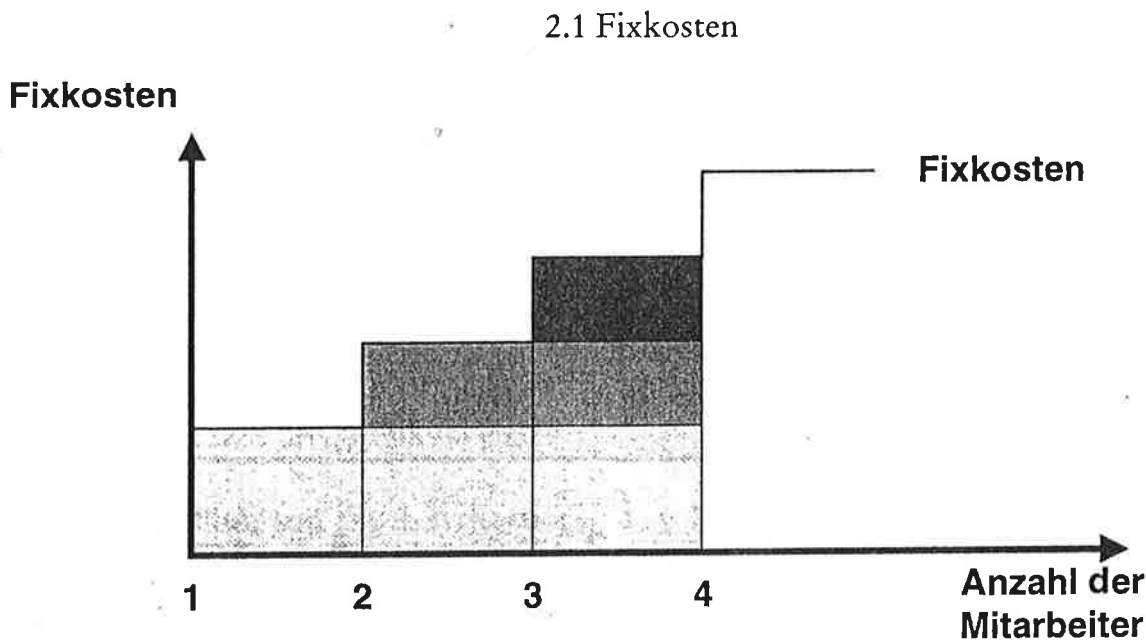


Abb. 2 Aufbau des Fixkostenblocks in Zeiten guter Beschäftigung

5) *Eich/Eich*: Entgangener Gewinn des Architekten nach Kündigung des Architektenvertrages – Darstellung der ersparten Aufwendungen, DAB 12/96, S. 2064 ff.

Der Fixkostenblock in einem Planungsbüro muß durch Aufträge erzielte Deckungsbeiträge getragen werden. Fixkosten setzen sich überwiegend aus Personalkosten festgestellter Mitarbeiter (ca. 75 %) und Sachkosten (ca. 25 %) zusammen. Ein Fixkostenblock baut sich stufenweise durch Einstellung von Mitarbeitern auf, wie aus Abb. 2 zu entnehmen ist.

Bei abflauernder Konjunktur und besonders bei Kündigung eines Auftrages ist deshalb der Fixkostenanteil eine entscheidende Größe, die besonders schwer abzubauen ist.

Gründe für nicht abbaubare oder nicht abgebaute Fixkosten nach Auftragskündigung können sein:

- Aufrechterhaltung der Leistungsbereitschaft
- Einzuhaltende Kündigungsfristen
- Einsprüche des Betriebsrates
- Betriebsvereinbarungen
- Betriebsverfassungsgesetz
- (Mantel-)Tarifverträge
- Furcht vor (Arbeits-)Gerichtsprozessen
- „Zukunftshoffnung“
- Erkennungsprobleme
- Opportunitätsverhalten.

Hieraus entsteht dann das Problem der Fixkosten-Remanenz^{*)} als Gegenstück zum Personalaufbau in guten Zeiten, wie Abb. 3 verdeutlicht.

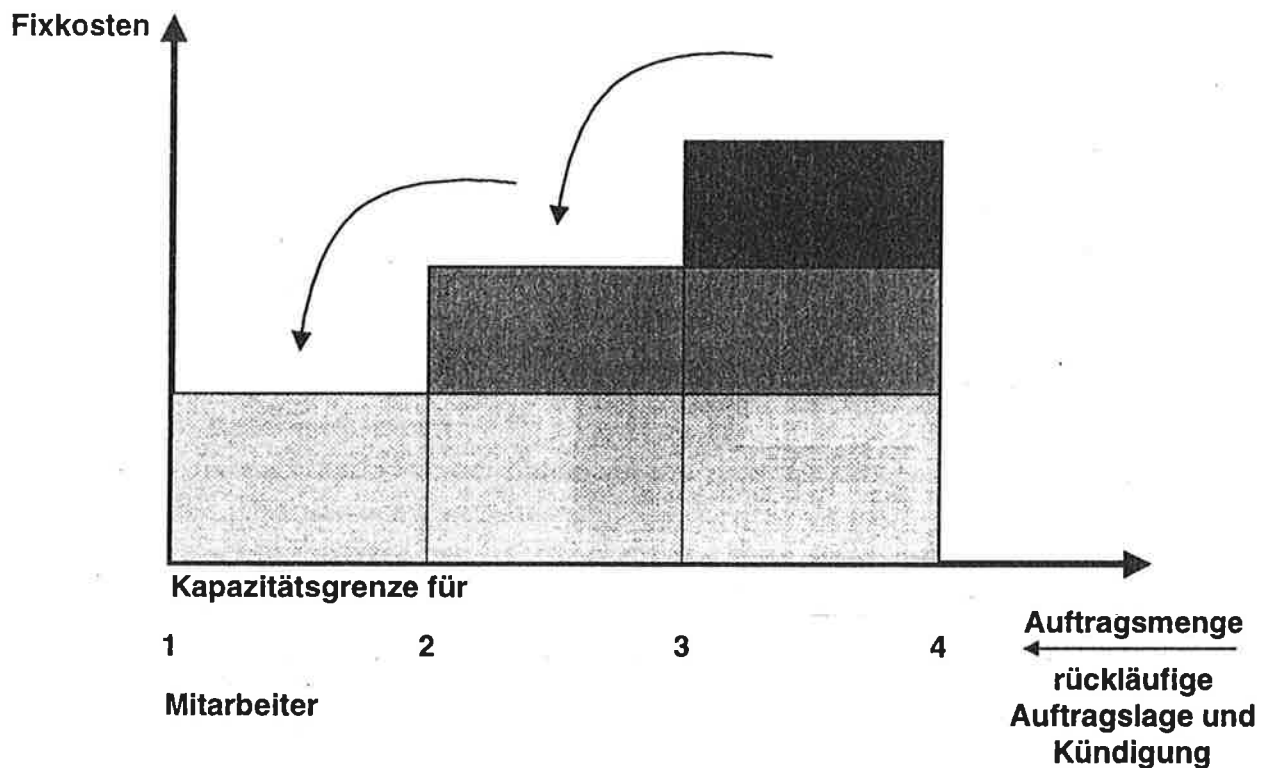


Abb. 3 Fixkostenremanenz

^{*)} Fixkosten-Remanenz bedeutet, daß Fixkosten nicht abgebaut werden, obwohl dies möglich ist. Fixkostenabbau hat deshalb oft einen „langen Nachlauf“.

Diese betriebswirtschaftliche Erkenntnis führte bei zahlreichen Architektur- und Ingenieurbüros zu der Reaktion, den insbesondere durch festangestellte Mitarbeiter sich bildenden Fixkostenblock mittels „Freier Mitarbeiter“ zu reduzieren, um auf Konjunkturschwankungen und Auftragskündigungen flexibler reagieren zu können.

2.2 Angestellte oder Freie Mitarbeiter?

In Artikeln und Kommentarliteratur wird die Beschäftigung von „Freien Mitarbeitern“ anstelle von Angestellten als ein entscheidendes Steuerungsinstrument bei den Personalkosten gesehen.

In Zeiten abflauer Konjunktur ist diese Variante bei Arbeitgebern besonders beliebt. Die Vorteile liegen

- in der größeren Flexibilität
- im Wegfall von Lohnnebenkosten
- im fehlenden Kündigungsschutz
- im fehlenden Mutterschutz
- im Wegfall der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall
- im fehlenden betrieblichen Mitbestimmungsrecht
- im gezielten Einsatz ohne hohe Personalgemeinkosten.

Haftungsrisiken können auch auf „Freie Mitarbeiter“ übertragen werden, die sich dann ihrerseits haftpflichtversichern müssen.

Die Risiken für den Arbeitgeber liegen in der eindeutigen vertraglichen Regelung und der tatsächlichen Ausübung von Tätigkeiten seiner „Freien Mitarbeiter“, um nicht Beanstandungen bei

- Betriebsprüfungen
 - Lohnsteueraußenprüfungen
 - Krankenkassenprüfungen bzw.
 - Umsatzsteuersonderprüfungen
- zu riskieren.

„Freie Mitarbeiter“ wählen ihren Status teilweise aus folgenden Gründen:

- Die Umsatzsteuer kann beim Finanzamt geltend gemacht werden,
- der Pkw kann als Geschäftswagen abgeschrieben werden,
- sie können sich privat krankenversichern,
- sie können sich privat rentenversichern.

Allerdings können Statusverletzungen bei Arbeitgebern und „Freien Mitarbeitern“ erhebliche Nachforderungen auslösen, wenn Betriebsprüfer der Sozialkassen, Finanzämter oder Arbeitsrichter die „Freien Mitarbeiter“ als Angestellte einstufen.

Liegt eine Scheinselbständigkeit vor, sind vom Büroinhaber für 4 Jahre rückwirkend Lohnsteuer und Sozialabgaben zu zahlen, und zwar die Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteile. Der Büroinhaber kann bei seinem „Freien Mitarbeiter“ aber nur 3 Monate rückwirkend die Nachzahlungen einfordern.

Bei der Beurteilung, welche Vertragsform – Angestellter oder „Freier Mitarbeiter“ –

vorliegt, kommt es nicht auf den Wortlaut des Vertrages, sondern auf das Wie der tatsächlichen Tätigkeit an.

Die Rechtsprechung schränkt die Vertragsfreiheit nach §§ 241, 305 BGB hinsichtlich der Wahlfreiheit der vertraglichen Gestaltung dergestalt ein, daß nicht die vertragliche Formulierung, sondern die tatsächliche Ausübung einer Beurteilung zugrunde gelegt wird.

Das Bundesarbeitsgericht, das Bundessozialgericht und der Bundesfinanzhof stimmen in ihren Urteilen überein, daß sich die jeweilige Vertragsart aus dem tatsächlich ausgeübten Tätigkeitsfeld ergibt, unabhängig davon, ob ein „Werkvertrag“ oder ein „Subunternehmervertrag“ („Freier Mitarbeitervertrag“) geschlossen wurde.

Verträge über „Freie Mitarbeit“ sind nur dann wirksam, wenn es sich um die tatsächliche Ausübung einer selbständigen Tätigkeit handelt.

Arbeitsrichter überprüfen folgende Kriterien, die für einen Arbeitnehmerstatus sprechen, wie sie auch teilweise bei *Kunz/Kunz*⁶⁾ genannt werden:

- Persönliche, nicht nur wirtschaftliche Abhängigkeit,
- Weisungsgebundenheit hinsichtlich Ort, Zeit, Dauer und Inhalt der Tätigkeit, Weisungen von Unternehmensangehörigen müssen befolgt werden,
- Bindung an feste Arbeitszeiten/Kernzeiten und einen bestimmten Arbeitsplatz,
- Eingliederung/Einbindung in die betriebliche Organisation, z. B. durch die Notwendigkeit der engen ständigen Zusammenarbeit mit anderen Arbeitnehmern oder durch Teilnahme an Betriebsfeiern, wie Weihnachtsfeiern und/oder Betriebsausflügen,
- Aufnahme ins Telefonverzeichnis des Unternehmers,
- identische Tätigkeit wie andere Arbeitnehmer desselben Büros/Betriebes,
- Tätigkeit nur für einen Auftraggeber, „Freier Mitarbeiter“ hat keine weiteren Kapazitäten frei,
- es ist dem „Freien Mitarbeiter“ verboten, für andere Auftraggeber zu arbeiten,
- in Arbeitsabläufe und Dienstpläne eingestellt ohne Rückfrage nach Verfügbarkeit
- keine eigene Betriebsstätte und keine eigenen Mitarbeiter, kein Recht, eigene Mitarbeiter zur Vertragserfüllung einzusetzen; Arbeit an betriebseigenen Geräten,
- keine nennenswerte unternehmerische Selbständigkeit in Organisation und Durchführung der Tätigkeit,
- regelmäßige Berichterstattung in kurzen Abständen,
- Schulden der eigenen Arbeitskraft und nicht eines Arbeitserfolges,
- kein eigenes Unternehmerrisiko, kein Kapitaleinsatz, keine Pflicht zur Beschaffung von wesentlichen Arbeitsmitteln,
- Ausführung von einfachen bzw. untergeordneten Tätigkeiten, die üblicherweise von Arbeitnehmern ausgeführt werden und bei denen eine Weisungsgebundenheit die Regel ist,
- Erhalt typischer Arbeitgeberleistungen wie festes oder konstant gleiches Gehalt/Honorar, Urlaubsanspruch, Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, Erhalt von Arbeitgeberdarlehen usw.
- Bezahlung nach Stunden, nicht nach Erfolg,
- Urlaubsanträge müssen gestellt und Krankmeldungen abgeliefert werden.

6) *Kunz/Kunz*: Freier Mitarbeiter-Vertrag oder Festanstellung? DAB 1/97, S. 61 ff.

Büroinhaber werden anhand vorstehender Kriterien zu prüfen haben, welche tatsächlichen „Freiheiten“ sie in das jeweilige Arbeitsverhältnis legen wollen. Das gilt auch für kurzfristige Vertragsverhältnisse zur Abdeckung von Spitzen und auch für nebenberuflich tätige Mitarbeiter.

Einzelverträge, zunächst nur für ein Bauvorhaben geschlossen, unterliegen der gleichen kritischen Prüfung; erst recht dann, wenn aus aneinandergereihten Einzelverträgen „Kettenverträge“ für mehrere Bauvorhaben werden.

Eine Beurteilung, um welchen Vertragstypus es sich handelt, hat individuell zu erfolgen.

Diese Beurteilung wird besonders dann erfolgen, wenn ein „Freier Mitarbeiter“ bei Kündigung sich auf die Schutzrechte beruft, die ansonsten nur für Angestellte gelten, wie z. B. bei Schwangerschaft, Entgelt im Krankheitsfall, Kündigungsschutz, Vertragsaufhebung mit Abfindung usw.

„Freie Mitarbeiter“ haben ihre Steuerschuld selbst zu tragen. Wenn allerdings eine Freie-Mitarbeiter-Tätigkeit nicht eindeutig zu bejahen ist, ist zwar nach § 38 Abs. 2 Einkommensteuergesetz (EStG) der Arbeitnehmer der Steuerschuldner, der Arbeitgeber haftet aber nach § 42 EStG ebenfalls für die Steuerschuld, und zwar mit dem Arbeitnehmer als Gesamtschuldner. Es liegt im Ermessen des Betriebsstättenfinanzamtes, an wen es sich beim Eintreiben der Steuer hält.

Die Umsatzsteuer (Mehrwertsteuer) kann nur dann als Vorsteuer abgezogen werden, wenn sie gesondert in der Rechnung des „Freien Mitarbeiters“ ausgewiesen wurde und kein Zweifel am Status des „Freien Mitarbeiters“ besteht. Zweifel gehen zu Lasten des Auftraggebers.

Sozialversicherungsbeiträge zur Renten-, Kranken- und Arbeitslosenversicherung werden gem. § 28 Sozialgesetzbuch IV vom Arbeitgeber geschuldet, und zwar sowohl der Arbeitgeber- als auch der Arbeitnehmeranteil. Bei Feststellung eines versicherungspflichtigen Arbeitnehmerverhältnisses anstelle eines „Freien-Mitarbeiter-Vertrages“ muß der Arbeitgeber rückwirkend vom Beginn des Arbeitsverhältnisses die Beiträge nachentrichten.

Zusammenfassend ist festzustellen:

Die Entwicklung zum „Freien Mitarbeiter“, besonders bei Konjunkturschwankungen und nachlassender Auftragslage, hält an. „Freie Mitarbeiter“ sind ein willkommenes Steuerungsinstrument, um flexibel auf schnell sich verändernde wirtschaftliche Situationen reagieren zu können. „Freie Mitarbeiter“ können nur sehr bedingt eine „Stellschraube“ bei den ersparten Aufwendungen nach § 649 BGB sein.

In Architektur- und Ingenieurbüros sind „Freie Mitarbeiter“ weder neu noch ungewöhnlich, da mit ihnen versucht wird, den oft erheblichen Schwankungen in der Auftragslage zu begegnen.

Zur eindeutigen Status-Abgrenzung kommt es nicht auf den – anfänglichen – Willen der Vertragsparteien an, sondern auf die tatsächliche Ausübung der Tätigkeit.

Bei einer Überprüfung des Status sind nicht Einzelmerkmale, sondern die Gesamtheit aller Abgrenzungskriterien zugrunde zu legen.

Ergibt eine Überprüfung den Status eines Angestellten anstelle eines „Freien Mitarbeiters“, hat das erhebliche finanzielle Konsequenzen insbesondere für den Arbeitgeber. Dieser ist für Sozialabgaben und Steuerschulden in erster Linie haftbar.

Der Büroinhaber hat dem „Freien Mitarbeiter“ Sicherheit am Arbeitsplatz zu gewährleisten, wie aus dem folgenden Leitsatz eines Urteils zu entnehmen ist:

„b) Auch einem dienstvertraglich als freier Mitarbeiter tätigen Projekt-Ingenieur hat der Auftraggeber Sicherheit am Arbeitsplatz zu gewährleisten. Kommt es infolge eines Störfalles am Arbeitsplatz zu einer Gesundheitsschädigung des freien Mitarbeiters, so ist es Sache des Auftraggebers darzutun, daß ihn und seine Erfüllungsgehilfen keine Schuld trifft.“⁷⁾

Vertiefende Informationen zum Thema „Freie Mitarbeit“ können u. a. den Artikeln entnommen werden, die gleichzeitig auch Quellen für vorstehende Ausführungen waren.^{8), 9)}

2.3 Beauftragung von Subunternehmern

„Subunternehmer“ können sowohl „Freie Mitarbeiter“ als auch Einzelunternehmer bei Erfüllung der Tatbestände einer tatsächlich freien Mitarbeit sein. Es können auch andere Architekten- oder Ingenieurbüros sein.

Bei der Beauftragung von Subunternehmern gelten die gesetzlichen Regelungen des BGB und der HOAI in gleicher Weise wie beim Auftragsverhältnis zwischen dem Bauherrn und dem Hauptauftragnehmer.

Das OLG Frankfurt stellte in seinem Urteil vom 12. 1. 1994 – 19U20/93 fest:

- „1. Die HOAI gilt auch, wenn ein Architekt an einen Ingenieur weiter vergibt.
2. Das Planungshonorar ist nur fällig, wenn eine prüffähige Rechnung übergeben wird. Die an die Prüffähigkeit zu stellenden Anforderungen hängen auch von der Sachkunde des Auftraggebers ab.“¹⁰⁾

Der BGH präziserte den Honoraranspruch des Subunternehmers in einem Urteil vom 14. 7. 1994 – VII 2R 30/94.

- „1. Vergibt ein Architekt/Ingenieur Teile seines Gesamtauftrages an andere Architekten/Ingenieure, so werden deren Leistungen nach den anrechenbaren Kosten der ihnen übertragenen *Teilwerke* berechnet, nicht anteilig nach den anrechenbaren Kosten des Gesamtprojektes.
2. Rechnet der Architekt/Ingenieur den Gesamtauftrag zu den Mindestsätzen ab und sind auch die Subarchitekten/Subingenieure zur Abrechnung ihrer Teilwerke nach den Mindestsätzen berechtigt, so folgt daraus für den Architekten/Ingenieur zwingend ein Verlust.“¹¹⁾

Durch die Degression der Honorartafeln bei steigenden anrechenbaren Kosten ist der prozentuale Honoraranteil bei geringen anrechenbaren Kosten höher als bei hohen anrechenbaren Kosten.

Berechnet der Subunternehmer sein Honorar nach den Mindestsätzen der seinem Auftrag zugrunde liegenden geringeren anrechenbaren Kosten und nicht proportional zum Gesamtauftrag, so erleidet der Hauptauftragnehmer einen Honorarverlust.

7) BGH, Urteil vom 6. 4. 1996 – VII ZR 36/94, Baurecht 5/95, 731.

8) Axel Plankmann: „Freie Mitarbeit“, DAB 12/86.

9) Kunz/Kunz: „Freier Mitarbeiter – Vertrag oder Festanstellung?“, DAB 1/97, S. 61 ff.

10) IBR 1994, S. 465.

11) BGH, Urteil vom 14. 7. 1994, VII ZR 30/94, aus BauR 1994, 787.

Der BGH sah sich bei dieser Fallkonstellation nicht veranlaßt, vom Honorarberechnungsschema der §§10 und 16 HOAI abzuweichen.

Das für den Subunternehmer relativ höhere Honorar wurde deshalb für angemessen erkannt, weil er an die „Rationalisierungseffekte der größeren Zahl“ nicht anknüpfen kann.

Aus diesen Urteilen kann gefolgert werden:

Für Subunternehmer gilt die HOAI in gleicher Weise. Sie dürfen die Mindestsätze z. B. der Honorartafel zu § 16 HOAI auch nicht unterschreiten.¹²⁾

Bei Mindestsatzvereinbarung zwischen Bauherrn und Hauptauftragnehmer wird dieser die erhöhten Honorare bei Subunternehmertätigkeit wohl kaum auf den Bauherrn abwälzen können – es sei denn, es gelingt von vornherein eine entsprechende vertragliche Regelung. Das könnte sein, wenn z. B. das Bauvorhaben besonders schnell geplant werden muß und der Hauptauftragnehmer nicht die nötige Planungskapazität zur Verfügung stellen kann.

2.4 „Ersparte Aufwendungen“ durch Freie Mitarbeiter oder Subunternehmer?

Der bisherigen Kommentarliteratur zum § 649 BGB war durchweg die Auffassung zu entnehmen, daß durch „Freie Mitarbeiter“ und „Subunternehmer“ Aufwendungen erspart werden können.

Die zitierte Rechtsprechung schränkt den – ohnehin fiktiven – Spielraum weiter ein.

Im Gegenteil, es können bei korrekter Abrechnung nach HOAI sogar Mehrkosten für den Hauptauftragnehmer entstehen.

Darüber hinaus sind „Freie Mitarbeiter“ und „Subunternehmer“ genauso berechtigt, bei vorzeitiger Kündigung ihres Vertrages durch den Hauptauftragnehmer Forderungen nach § 649 BGB für den Restwerklohn geltend zu machen.

Nur wenn dieses nicht geschieht, können evtl. Aufwendungen erspart werden.

Das Risiko liegt allein beim Hauptauftragnehmer.

2.5 Aufhebungsverträge und Abfindungen

Entschließt sich ein Büroinhaber aus individuellen Überlegungen heraus – z. B. weil ein wichtiger Auftrag in einem frühen Bearbeitungsstadium gekündigt wurde und keine Hoffnung auf einen Folgeauftrag besteht – fest angestellte Mitarbeiter zu entlassen, so sind die gesetzlichen Kündigungsfristen einzuhalten und/oder Aufhebungsverträge zu schließen.

Bei nachlassender Konjunktur mit entsprechendem Auftragsrückgang oder Auftragskündigung steigt die Zahl arbeitsrechtlicher Aufhebungsverträge.

Ziel von Aufhebungsverträgen ist es, gerichtliche Auseinandersetzungen – ggf. über mehrere Instanzen – zu vermeiden, ohne Kündigungen aussprechen zu müssen.

Bei Aufhebungsverträgen kommt es fast immer zur Zahlung von Abfindungen, über deren Höhe frei verhandelt werden kann.

12) HOAI, §§ 4, 69.

Bei Aufhebungsverträgen mit Abfindungsvereinbarungen können Angestelltenverhältnisse ohne Einhaltung von

- gesetzlichen,
- tariflichen oder
- einzelvertraglichen

Kündigungsfristen gelöst werden. Ein für beide Seiten vorhandenes Prozeßrisiko mit ungewissem Ausgang entfällt.

Der Angestellte erhält ein erstklassiges Zeugnis und hat die Möglichkeit, sich sofort um ein neues Betätigungsfeld zu bemühen, bis hin zum Start in die Selbständigkeit.

Bei der Abfassung einer Aufhebungsvereinbarung sollte anwaltlicher Rat eingeholt werden, da schon kleine Fehler zu großen Problemen führen können.

Es sind

- arbeitsrechtliche
- steuerrechtliche
- sozialrechtliche
- versicherungsrechtliche
- rentenrechtliche

Komponenten zu berücksichtigen. Es müssen klare und eindeutige Aufhebungsverträge geschlossen werden, damit nichtbeabsichtigte (negative) rechtliche Folgen ausbleiben und – wenn alle Vereinbarungen erfüllt sind – das Angestelltenverhältnis tatsächlich endet.

Unserer Auffassung nach gehören Abfindungsbeträge bei Kündigungen zu den Lohnkosten, die nicht erspart werden können.

Wichtig ist noch der Hinweis, daß seitens des Bestellers (Auftraggebers/Bauherrn) nicht das Recht besteht, vom Auftragnehmer zu verlangen, durch Aufhebungsverträge mit Abfindungen Personalkosten einzusparen, um dadurch die ersparten Aufwendungen zu erhöhen.

Es muß in das Belieben des Büroinhabers gestellt sein, seine Dispositionen für die Zukunft seines Büros zu treffen und seine „*Erwartungen*“ selbst zu bestimmen.

2.6 Anderweitige Verwendung der Arbeitskraft und böswillig unterlassener Erwerb

Nach § 649 BGB muß sich der Architekt/Ingenieur auf den verbleibenden Vergütungsanspruch das anrechnen lassen, was er durch eine andere Verwendung seiner und der Bürokapazität erwirbt.

Dabei sind zur Beurteilung nur die Kapazitäten heranzuziehen, die durch eine Kündigung tatsächlich frei werden und nicht die, die für bereits vorliegende Aufträge nun eingesetzt werden können, weil diese Aufträge vorgezogen werden.

Es kommen also nur solche neuen Aufträge in Anrechnung, deren Hereinnahme wegen einer Kündigung erst möglich wurden.

Hierbei hat der Büroinhaber nach billigem Ermessen zu entscheiden, ob ihm die Annahme eines Ersatzauftrages überhaupt zugemutet werden kann. Er muß einschätzen, welches – erhöhte – Risiko er mit dem neuen Auftrag und ggfs. auch mit einem neuen Auftraggeber eingeht. Er muß besonders einschätzen, welches wirtschaftliche

Risiko er eingeht und ob der neue Auftrag am Ende einen positiven Deckungsbeitrag abwirft.

Deshalb sind Füllaufträge, die von der Art und dem Umfang außerhalb des typischen Leistungsspektrums eines Architektur- oder Ingenieurbüros liegen, besonders kritisch zu prüfen.

Zahlreiche namhafte Architektur- und Ingenieurbüros haben sich auf ihr „Kerngeschäft“ spezialisiert, bei dem sie sich aufgrund von Neigung, Ausbildung, Erfahrung, ökonomischer Arbeitsweise und Marktführerschaft relativ gute Wettbewerbschancen versprechen, verbunden mit langfristiger Gewinnerwartung und Gewinnsicherung.

Das betriebswirtschaftliche Büroergebnis aus dem „Kerngeschäft“ ist einschätzbar. Es läßt sich grafisch in einer *Break-even-Analyse* abbilden (Abb. 4).

Wenn nach Kündigung ein Auftrag aus dem „Kerngeschäft“ entfällt und zur Kapazitätsauslastung ein Zusatzauftrag mit niedrigerem Deckungsbeitrag angenommen wird, verringern sich der Gewinnbeitrag und das Betriebsergebnis (Abb. 5).

Verringern sich die Deckungsbeiträge aus den Zusatzaufträgen, die infolge einer Kündigung im „Kerngeschäft“ zur Kapazitätsauslastung der Mitarbeiter hereingenommen werden, so werden immer größere „Absatzmengen“ erforderlich, um den Break-even-Point zu erreichen und einen Gewinn zu erzielen (Abb. 6).

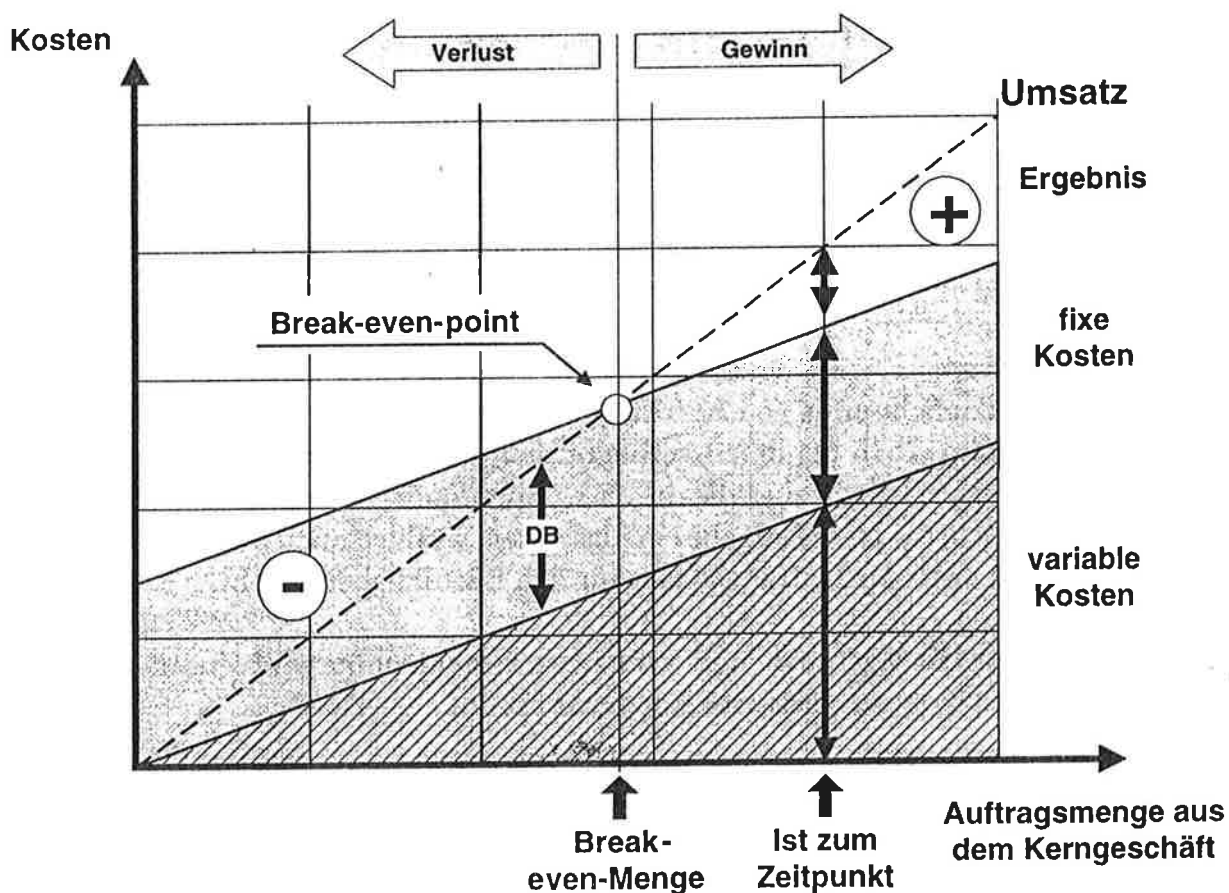


Abb. 4 Break-even-Analyse

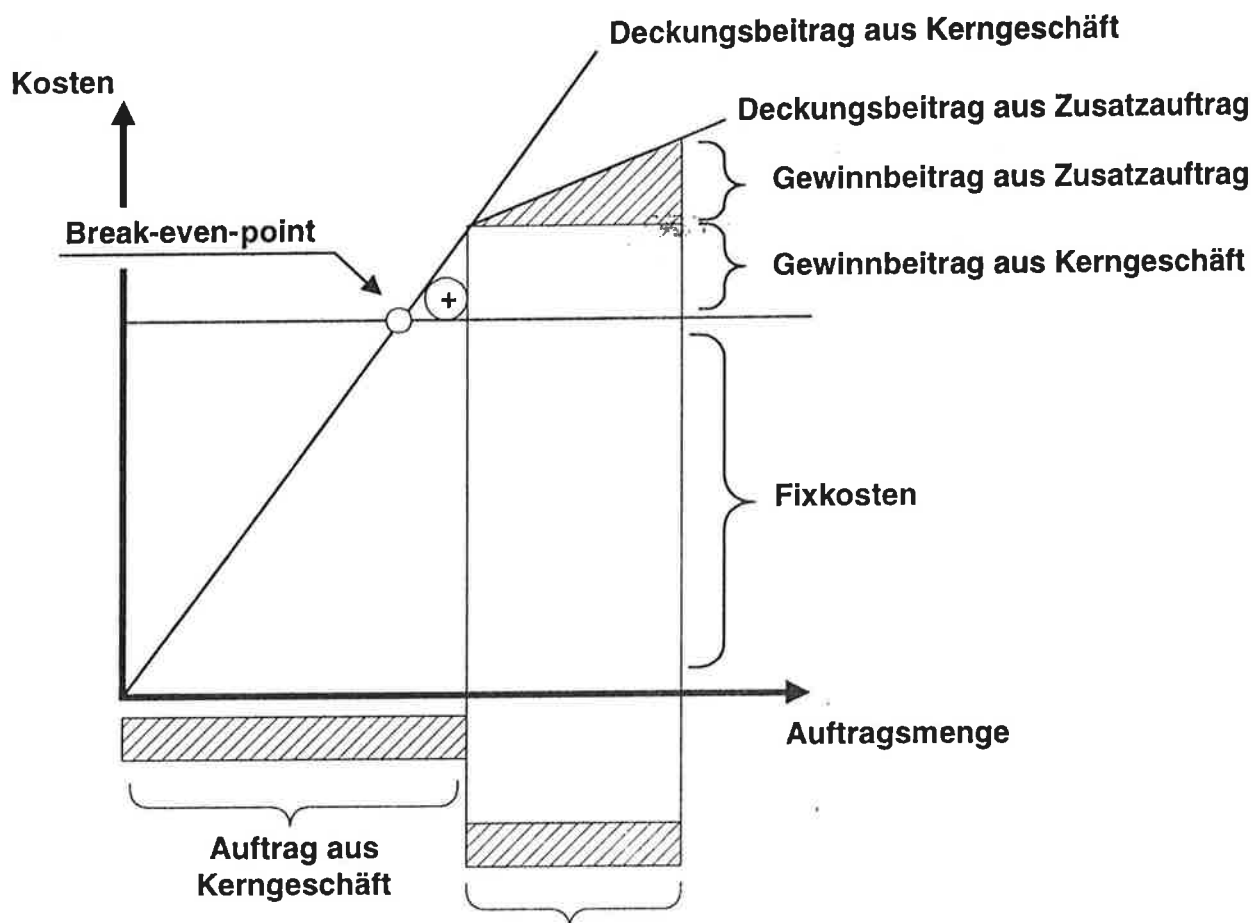


Abb. 5 Deckungsbeiträge aus Kerngeschäft und Zusatzauftrag

Das kann letztendlich bei einem Büro zu Verlusten trotz ausgelasteter Kapazitäten führen (Abb. 7). Darüber hinaus besteht die Gefahr, daß – zunächst unbemerkt – durch die notwendige Bearbeitung von Zusatzaufträgen das „Kerngeschäft“ leidet oder droht, verdrängt zu werden.

Aus den Ausführungen wird deutlich, daß sich Büroinhaber sehr genau überlegen müssen, ob sie sich zur Schonung von Auftraggebern um Zusatzaufträge bemühen, deren wirtschaftliches Risiko allein bei ihnen verbleibt. Liegen die Zusatzaufträge auch noch außerhalb des „Kerngeschäfts“, sind die durch Kündigung frei gewordenen Mitarbeiter zusätzlich auch noch in die neue Aufgabe einzuarbeiten, wodurch sich nicht nur das wirtschaftliche, sondern auch das Haftungsrisiko für den Büroinhaber erhöht.

Kündigung(en) im Kerngeschäft und verstärkte Hereinnahme von Zusatzaufträgen können zu Verlusten trotz ausgelasteter Kapazität führen.

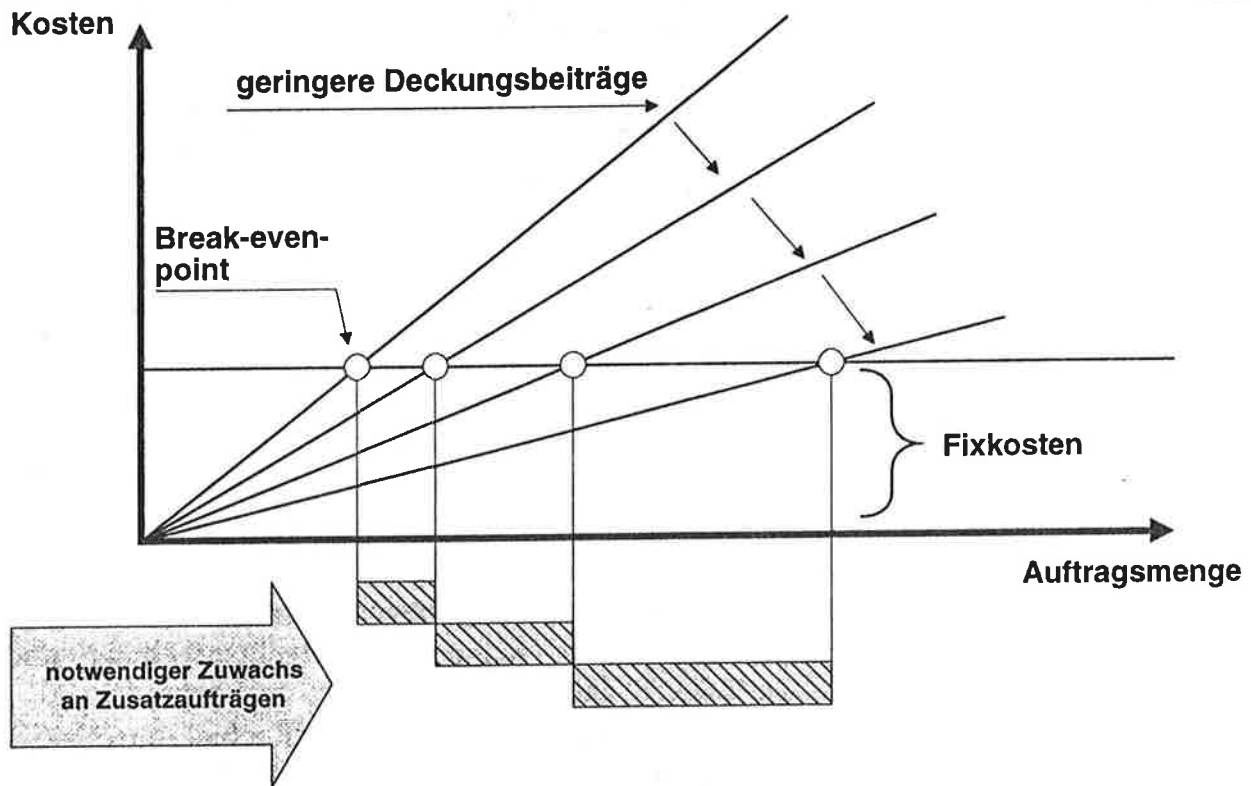


Abb. 6 Bei Aufträgen mit geringeren Deckungsbeiträgen werden immer mehr Zusatzaufträge erforderlich, um den Break-even-Punkt zu erreichen.

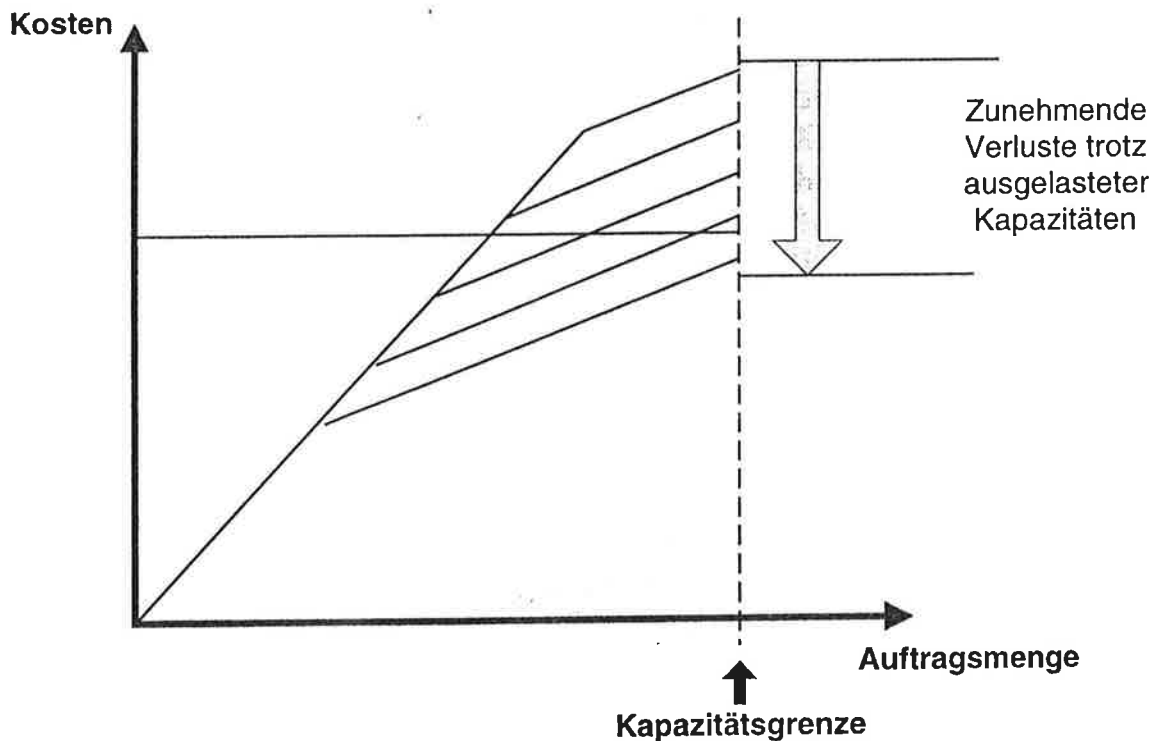


Abb. 7 Verluste trotz Kapazitätsauslastung