

**MEMORANDUM**

Zu den Klagenmöglichkeiten des Vereins „fairtrag“ gegen Musterklauseln in den Architektenverträgen der öffentlichen Hand

– rechtliche Beurteilung am Beispiel der Kostenobergrenzen

Rechtsanwälte  
Dr. Carl-Stephan Schweer  
Dr. Valentin Todorow

Berlin, Februar 2015

Wir gliedern wie folgt:

A. Sachverhalt .....	3
I. Einführung .....	3
II. Die Regelungen der Vertragsmuster .....	4
1. RBBau (Bund) .....	4
2. RifT Baden-Württemberg .....	4
3. Freistaat Bayern .....	5
4. Hessen .....	5
5. Berlin .....	5
6. Freistaat Sachsen .....	6
7. Niedersachsen .....	6
8. Hamburg .....	6
9. Sachsen-Anhalt .....	6
B. Gegenstand des Memorandums .....	7
C. Klagebefugnis des Vereins „fairtrag“ .....	7
I. Rechtsfähiger Verband: eingetragener Verein .....	7
II. Förderung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen .....	8
III. Ausstattung des Vereins .....	8
1. Zweck des Ausstattungskriteriums .....	8
2. Bisherige Rechtsprechung zu AGB-Klagen gegen die Marktgegenseite .....	9
3. Vom OLG Düsseldorf entwickelte Kriterien .....	9
4. Zusammenfassung .....	10
D. Rechtswidrigkeit der Kostenobergrenzen .....	11
I. Kostenobergrenze als Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) .....	11
II. Rechtswidrigkeit der Kostenobergrenze .....	12
1. Grundgedanken der gesetzlichen Regelung .....	12
a) Grundsatz: Gewährleistung für Mangelfreiheit .....	12
b) Verantwortungsbereich des Bauherren bei Mängeln .....	12
c) Verschuldensprinzip beim Schadensersatz .....	13
2. Abweichende Risikoverteilung durch die Kostenobergrenze .....	13
a) Kostenobergrenze als Beschaffenheitsvereinbarung .....	14
b) Auslegung der Kostenobergrenze .....	15
c) Verlagerung von Risiken außerhalb seines Einflussbereichs auf den Architekten .....	17
aa) Allgemeine nicht beeinflussbare Kostenrisiken .....	17
bb) Kostenrisiken in nicht bearbeiteten Kostengruppen .....	18
cc) Kostenrisiken in nicht bearbeiteten Leistungsphasen .....	19

3. Unangemessene Benachteiligung .....	20
a) Keine Kompensation .....	20
b) Wirtschaftliche Konsequenzen für den Architekten .....	21
c) Früher Zeitpunkt der Beschaffenheitsvereinbarung .....	21
d) Marktmacht der öffentlichen Hand .....	22
e) Kosteninteresse des Auftraggebers .....	22
4. Verstoß gegen das Transparenzgebot .....	22
III. Wirksame Kostenregelung .....	23
E. Kosten .....	24
I. Kosten der Vereinsgründung bis zum Klageverfahren .....	24
II. Prozesskosten .....	24
1. Gerichtskosten und Anwaltskosten der Gegenseite .....	24
2. Eigene Anwaltskosten .....	25
3. Zusammenrechnung Prozesskosten .....	25
III. Beurteilung der Kosten .....	26
F. Ergebnisse .....	26

**A.  
Sachverhalt**

**I.  
Einführung**

Mittlerweile sehen fast alle Vertragsmuster der öffentlichen Hand für Architektenverträge Vereinbarungen zu einer Kostenobergrenze vor. Diese Vereinbarungen sind regelmäßig nicht verhandelbar. Sie stellen für die Auftragnehmer – zumal im Rahmen von VOF-Verfahren – eine erhebliche rechtliche und tatsächliche Unsicherheit dar. Das wird noch dadurch verschärft, dass die in die Formulare einzusetzende Zahl fast immer einer allerersten Kostenschätzung entnommen wird, die noch keine belastbare Kostenaussage erlaubt. Nach unserer Erfahrung versuchen Architekten im Rahmen der Verhandlungen des Architektenvertrages regelmäßig, Präzisierungen der Kostenvereinbarungen zu erreichen, um die ihnen übertragenen Risiken beherrschen zu können und gleichzeitig zu einer belastbaren Vereinbarung mit Kostensicherheit für den Auftraggeber zu kommen. Aber die Architekten erfahren im Rahmen solcher Versuche ebenso regelmäßig, dass die vorgegebenen Klauseln nicht verhandelbar sind und der

öffentliche Auftraggeber – schon wegen des Anweisungscharakters der Vorgaben – jede Änderung und Präzisierung ablehnt.

II.

**Die Regelungen der Vertragsmuster**

Die in diesem Memorandum zu untersuchenden Klausen sind z.B. Folgende:

**1. RBBau (Bund)**

Im Vertragsmuster „Objektplanung – Gebäude und Innenräume“ des Bundes (eingeführt mit Erlass BMVBS vom 25. September 2013) in Ziff. 5.3.1.:

„Die Baukosten für die Baumaßnahme dürfen den Betrag von ... € brutto nicht überschreiten. Die genannten Kosten umfassen die Kostengruppen 200 bis 600 nach DIN 276-1: 2008-12, soweit diese Kostengruppen in der ES-Bau erfasst sind. Der Auftragnehmer hat seine Leistung so zu erbringen, dass diese Kostenobergrenze eingehalten wird.“

**2. RifT Baden-Württemberg**

Ziff. 4.1:

„Der Auftragnehmer hat folgende Kosten einzuhalten:

4.1.1 Für die Erstellung der Bauunterlage Gesamtbaukosten (Programmkosten) in Höhe von [...] €.

4.1.2 Für die weitere Bearbeitung die mit der Bauunterlage genehmigten Kosten.

4.1.3 Die Kosten nach 4.1.1 und 4.1.2 stellen jeweils eine Kostenobergrenze dar und dürfen nicht überschritten werden. Sie werden entsprechend dem Index für Wohngebäude insgesamt des statistischen Bundesamts [...] = [...], Basis 2000 = 100) fortgeschrieben. Die Kostenobergrenze wird als Beschaffenheit des vom Auftragnehmer geschuldeten Werkes vereinbart. Damit übernimmt der Auftragnehmer keine Baukostengarantie.

Wenn die Kostenobergrenze aus Gründen, die der Auftragnehmer nicht zu vertreten hat, nicht eingehalten werden kann und wenn der Auftragnehmer seinen Hinweis- und Unterrichtungspflichten nach § 15 der Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB) nachgekommen ist, werden vom Auftraggeber keine Minderungs- und Regressansprüche geltend gemacht.“

Ziff. 1.5 AVB lautet:

„Wird erkennbar, dass die genehmigten Kosten oder die vereinbarten Termine bei der Verfolgung der bisherigen Planung oder nach dem Ergebnis der Ausschreibung einer Leistung voraussichtlich nicht eingehalten werden können, hat er den Auftraggeber unverzüglich unter Darlegung der aus seiner Sicht möglichen Handlungsvarianten und deren Auswirkungen auf Kosten, Qualität, Termine und Wirtschaftlichkeit des Objekts zu unterrichten.“

### **3. Freistaat Bayern**

Ziff. 5.3.1 des Muster-Architektenvertrages Stand August 2014:

„Die Baukosten für die Baumaßnahme dürfen den Betrag von ... € brutto nicht überschreiten.

Die genannten Kosten umfassen die Kostengruppen 200 bis 600 nach DIN 276-1: 2008-12 (jeweils einschließlich Umsatzsteuer), soweit diese Kostengruppen im genehmigten Bauantrag/der HU-Bau erfasst sind.

Der Auftragnehmer hat seine Leistungen so zu erbringen, dass diese Kostenobergrenze eingehalten wird.“

### **4. Hessen**

Das Land Hessen verwendet das Vertragsmuster der RB-Bau (oben aa) einschließlich der Kostenobergrenze in Ziff. 5.3.1.

### **5. Berlin**

Ziff. 5.3.1 des Mustervertrags Objektplanung:

„Der Auftragnehmer hat für die Leistungen der Leistungsstufe 1 [= Leistungsphasen 1 und 2] den in § 2.2.1 vorgegebenen Kostenrahmen mit der dazugehörigen qualitativen und quantitativen Aufgabenbeschreibung zu beachten. Der Auftraggeber wird andere fachlich Beteiligte (Fachingenieure, Gutachter, Sachverständige) ebenfalls vertraglich verpflichten, den in § 2.2.1 vorgegebenen Kostenrahmen zu beachten. Wenn die Kosten des Kostenrahmens als Projektziel nicht zu erreichen sind, hat der Auftragnehmer im Einvernehmen mit dem Auftraggeber Alternativen zur Veränderung der Rahmenbedingungen aufzuzeigen, um den Kostenrahmen einzuhalten.

Für die Leistungen der Leistungsstufe 2 bis 5 [= Leistungsphase 3 bis 9] vereinbart der Auftraggeber mit dem Auftragnehmer und anderen fachlich Beteiligten jeweils eine auf den konkreten Vertrag bezogene Baukostenobergrenze schriftlich als Beschaffenheit.

Diese Baukostenobergrenze mit dazugehöriger bautechnischer Beschreibung (mit Mengen und Qualitäten) gilt für die Vertragsparteien als vereinbarte Beschaffenheit des Werkes. Der Auftragnehmer und die anderen fachlich Beteiligten sind verpflichtet, ihre Leistungen so zu erbringen, dass die bauliche Anlage/Baumaßnahme entsprechend der schriftlichen Vereinbarung der Baukostenobergrenze errichtet werden kann.“

## **6. Freistaat Sachsen**

Ziff. 5.3.1 des Vertragsmusters lautet:

„Die Baukosten für die Baumaßnahme dürfen den Betrag aus der genehmigten Kostenberechnung zur ES-Bau nicht überschreiten. Der Auftragnehmer hat seine Leistungen so zu erbringen, dass diese Kostenobergrenze eingehalten wird.“

## **7. Niedersachsen**

Das Land Niedersachsen verwendet das Vertragsmuster der RB-Bau (oben aa) mitsamt der Kostenobergrenze Ziff. 5.3.1.

## **8. Hamburg**

§ 1 des Vertragsmusters:

„Kostenobergrenze KGR 300 + 400: ...“

Die Baukosten (Kostengruppe 300 bis 400 gem. DIN 276-1: 2008-12) dürfen die o.g. Kosten nicht überschreiten (Kostenobergrenze).“

## **9. Sachsen-Anhalt**

Dieses Vertragsmuster geht in Ziff. 5.3.1 insoweit noch weiter als die anderen Muster, als die Kostenobergrenze auch die Kostengruppe 700 erfasst:

„Die Baukosten für die Baumaßnahme dürfen den Betrag von ... € brutto/€ netto nicht überschreiten. Die genannten Kosten umfassen die Kostengruppen 200 bis 700 nach DIN 276-1: 2008-12, so weit diese Kostengruppen im Bauantrag/in der KVM-Bau bzw. KNUE-Anmeldung erfasst sind. Der Auftragnehmer hat seine Leistungen so zu erbringen, dass diese Kostenobergrenze eingehalten wird.“

**B.**  
**Gegenstand des Memorandums**

Weil die vorgegebenen Regelungen eine faire und an den jeweiligen Einflussmöglichkeiten orientierte Risikoverteilung gerade nicht vorsehen, stellt sich nach den Erfahrungen der Praxis die Frage, ob solche Regelungen allgemein als Allgemeine Geschäftsbedingungen vorgegeben werden dürfen. In diesem Memorandum untersuchen wir die Möglichkeit freiberuflicher Architekten, sich mithilfe des Vereins „fairtrag“ gerichtlich gegen die Kostenobergrenzen in den Vertragsmustern der öffentlichen Hand zur Wehr zu setzen. Wir prüfen im folgenden die Klagebefugnis des Vereins „fairtrag“ (unten C.), die Rechtswidrigkeit der Regeln zur Kostenobergrenze (unten D.) und die Kosten des Vorgehens (unten E.).

**C.**  
**Klagebefugnis des Vereins „fairtrag“**

Gem. §§ 1, 3 des Unterlassungsklagegesetzes (UKlaG) können rechtsfähige Verbände gegen rechtswidrige und damit unwirksame Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) klagen. § 1 UKlaG begründet einen Unterlassungsanspruch gegen den Verwender rechtswidriger AGB. Die Vorschrift lautet:

„Wer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bestimmungen, die nach den §§ 307 bis 309 des BGB unwirksam sind, verwendet..., kann auf Unterlassung ... in Anspruch genommen werden.“

Dieser Unterlassungsanspruch steht aber nicht jedermann zu. Klagebefugt sind nach § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 UKlaG:

„rechtsfähige Verbände zur Förderung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen, soweit sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung im Stande sind, ihre satzungsgemäßen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen (...).“

An einen klagebefugten Verein sind mithin folgende Anforderungen zu stellen:

**I.**  
**Rechtsfähiger Verband: eingetragener Verein**

Der Verein muss rechtsfähig sein. Ein privatrechtlich organisierter Verband ist rechtsfähig mit Eintragung im Vereinsregister. Die Gründungsmitglieder haben den Verein

„fairtrag“ in der Gründungsversammlung vom 20. Februar 2015 gegründet. Derzeit läuft die Eintragung beim zuständigen Vereinsregister.

## II.

### **Förderung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen**

Ziel des Vereins muss die Förderung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen sein. Darunter fällt die Förderung wirtschaftlicher Interessen und Belange im weitesten Sinne, auch die professionellen Interessen freiberuflich Tätiger (Schlosser in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2013, § 3 UKlaG Rn. 8). Dabei muss der Verband nicht die Interessen seiner Mitglieder in ihrem ganzen Umfange fördern wollen. Auch Vereine, die sich speziell der Bekämpfung unangemessener Geschäftsbedingungen widmen, sind klagebefugt. Diesen Anforderungen genügt der Verein „fairtrag“. Der Verein fördert die wirtschaftlichen und rechtlichen Interessen seiner Mitglieder, unter anderem durch gerichtliche Durchsetzung rechtmäßiger Vertragskonditionen (§ 2 der Satzung).

## III.

### **Ausstattung des Vereins**

Der Verein muss nach seiner personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sein, seine satzungsgemäßen Aufgaben tatsächlich wahrzunehmen.

#### **1. Zweck des Ausstattungskriteriums**

Die Ausstattungsanforderung nach § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 UKlaG dient als „organisationsbezogenes Seriositätskriterium“ (Schlosser in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2013, § 3 UKlaG Rn. 12). Das Kriterium soll unzulässigen Popularklagen und der Missbrauchsgefahr durch lediglich zum Schein bestehende Verbände vorbeugen, deren Verbandszweck nur ein Vorwand ist, die rein finanziellen Interessen der für den Verein Tätigen („Abmahnvereine“).

Der Verein „fairtrag“ entspricht diesem Schutzzweck. Es handelt sich um einen Verein freiberuflicher Architekten, die sich nicht gegen Konkurrenten, sondern gegen eine missbräuchliche Vertragsgestaltung der Marktgegenseite (vor allem: öffentliche Hand) wehren möchten. Insbesondere handelt es sich nicht um eine missbräuchliche Scheingründung oder einen „Abmahnverein“. Es geht um die Interessen der freiberuflichen Architekten selbst. Diese Interessen der Architekten werden von den Standesverbänden nicht genügend wahrgenommen. Gleichzeitig besteht das typische asymmetrische Marktverhältnis zwischen den beherrschenden Verwendern der angegriffenen Klauseln und der Vielzahl der einzelnen Vertragspartner. Für diese ist eine singuläre Wahrnehmung ihrer Interessen kaum effizient möglich. Daher besteht echter Marktbedarf für einen derartigen Verein.

## **2. Bisherige Rechtsprechung zu AGB-Klagen gegen die Marktgegenseite**

Die bisherige Rechtsprechung hat die Klagebefugnis von Vereinen stets bejaht, die AGB-Klagen gegen marktmächtige AGB-Verwender der Marktgegenseite erhoben haben. Es ging um folgende Fälle: Klage des Deutschen Journalistenverbandes gegen AGB der Verlage (OLG Rostock ZUM 2010, 828); Klage eines Interessenverbandes der mittelständischen Bauwirtschaft gegen AGB der BRD, die den Auftragnehmern das Baugrundrisiko zuwiesen (Kammergericht vom 10. September 2012, 23 U 161/11); Klage des Dachverbands der Tankstellenbetreiber gegen AGB einer Mineralölgesellschaft (BGH NJW 2003, 290); Klage des Berufsverbandes für Autoren und Regisseure gegen AGB eines öffentlich-rechtlichen Senders (OLG Dresden ZUM-RG 2013, 245); Klage des Interessenvereins von Bauern und Landwirten gegen AGB der Bank für Landwirtschaft (BGH VIZ 1999, 237); Klage eines Vereins von Vertragshändlern gegen AGB des Prinzipal-Importeurs von Druck- und Kopiergeräten (OLG Düsseldorf BeckRS 2013, 10819).

## **3. Vom OLG Düsseldorf entwickelte Kriterien**

Das OLG Düsseldorf (BeckRS 2013, 10819) hat die Ausstattungsanforderungen eingehend behandelt und folgende Kriterien herausgearbeitet:

- Die Ausstattungserfordernisse (z. B. eigene Büroräume, fachliche Qualifikationen der Mitarbeiter, Angestellte, Verfügbarkeit sachlicher Arbeitsmittel wie etwa Büromaschinen und Kommunikationsmittel) dürfen nicht rein schematisch abverlangt werden. Unter Berücksichtigung des Normzwecks von § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 UKlaG – Verhinderung der missbräuchlichen Ausnutzung der Verbandsklage – sei vielmehr stets entscheidend, ob der Verein bei einer gebotenen Gesamtschau aller Umstände über geeignete und ausreichende Mittel verfügt, um seine satzungsgemäße Aufgabe aus eigener Kraft tatsächlich selbst wahrzunehmen.
- Die Besorgung der satzungsmäßigen Aufgaben könne auch ohne Angestellte allein durch die Vorstandsmitglieder gewährleistet sein. Die erforderliche fachliche Qualifikation und Branchenerfahrung sei dann gegeben, wenn die Vorstandsmitglieder Geschäftsführer der Mitglieds-Unternehmen sind.
- Ein ausreichender administrativer Apparat stehe z.B. in Gestalt der Büro- und Geschäftsräume sowie zweier Mitarbeiter eines befreundeten Verbandes zur Verfügung, die der klagende Verein mitbenutzen dürfe.

- Es genüge auch, dass die Geschäftsstelle eines befreundeten Verbandes für den klagenden Verein lediglich die Entgegennahme und Weiterleitung der Post bewerkstellige. Damit verfüge der klagende Verein über die ausreichende Mindesteinrichtung, um als Anlaufstelle für Mitglieder und Dritte zu dienen, und die Vorstandsmitglieder in die Lage zu versetzen, das Marktgeschehen im Interesse des Vereins zu beobachten.
- Die Fremdmitarbeiter können unentgeltlich für den Verein tätig sein; das steht der hinreichenden personellen Ausstattung des Vereins nicht entgegen.
- Was die finanzielle Ausstattung anbelangt, genüge die Finanzierung aus Mitgliedsbeiträgen.
- An einen Verein, bei dem für eine rechtsmissbräuchliche Ausnutzung der Klagebefugnis (wie etwa bei einem Abmahnverein) keinerlei Anhaltspunkte bestehen, sind keine allzu hohen Anforderungen zu stellen.

Entscheidend ist letztlich, dass die administrative Struktur des Vereins so beschaffen ist, dass der Verein seine satzungsmäßigen Aufgaben wahrnehmen kann. Es ist zulässig, dass im Vordergrund der satzungsmäßigen Aufgaben die Klage gegen Musterklauseln steht. Als allgemeiner Grundsatz gilt: Der Verein muss finanziell so ausgerüstet sein, dass er die Fixkosten für Existenz, Grundausstattung und Betätigung sowie bei vorsichtiger Betrachtung auch die Verfahrenskosten für Prozesse (über alle Instanzen) abdecken kann.

#### **4. Zusammenfassung**

Bei Anwendung der vom OLG Düsseldorf herausgearbeiteten Kriterien ist der Verein „fairtrag“ klagebefugt, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Die Mitgliedsbeiträge der Vereinsmitglieder müssen so bemessen sein, dass die Prozesskosten durch drei Instanzen (insbesondere auch die Erstattungsansprüche der Gegenseite bei Unterliegen) gedeckt sind.
- Die personelle und organisatorische Ausstattung kann sich der Verein von seinen Mitgliedern „leihen“ (Geschäftsstelle/-räume, Vorstand, Sekretariate etc.).
- Je mehr Mitglieder der Verein hat, desto größer die Aussichten, dass das Gericht die Klagebefugnis anerkennt. Außerdem steigt die Legitimität des Vorgehens auch in der Perspektive der öffentlichen Hand. Schließlich sinken die jeweiligen Beiträge, wenn eine große Zahl von Mitgliedern gefunden werden kann.

- Die Finanzierung muss in seriöser Weise einer gewissen Schwankung der Mitgliederzahl Rechnung tragen. Der Verein kann zunächst von der Mindestanzahl von Architekten (sieben Einzelpersonen) gegründet werden. Als Kläger sollte er aber erst auftreten, wenn er eine bestimmte Anzahl von Mitgliedern gewonnen hat. Eine „Faustformel“ dafür gibt es nicht; wir halten eine Anzahl von 50 Mitgliedern für die erforderliche Mindestgröße.

## D. **Rechtswidrigkeit der Kostenobergrenzen**

Die Klage des Vereins „fairtrag“ gegen die Kostenobergrenzen in den Vertragsmustern der öffentlichen Hand hat Erfolg, wenn es sich bei diesen Regelungen um Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) handelt (unten Ziff.I.), die den Auftragnehmer „unangemessen benachteiligen“ und deshalb gem. § 307 BGB unwirksam sind (unten Ziff. II.).

### I. **Kostenobergrenze als Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)**

Die Kostenobergrenze in den oben unter A.II. dargestellten Vertragsmustern sind AGB. Als AGB bezeichnet das Gesetz Klauseln, die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und nicht individuell ausgehandelt sind (§ 305 BGB). Das ist bei allen dargestellten Regelungen zu Kostenobergrenzen der Fall. Dem steht nicht entgegen, dass die Architekten theoretisch über die Musterverträge verhandeln könnten und das in Einzelfällen vielleicht auch geschieht. Aufgrund des präventiven Zwecks der Verbandsklage genügt es, dass der Verwender - hier die öffentliche Hand - die Regelungen zur Vorbereitung von Vertragsschlüssen in den Verkehr bringt (BGH NJW 1987, 2867; Micklitz in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Auflage 2013, § 1 UKlaG, Rn. 20), zum Beispiel in VOF-Verfahren.

Auch der Umstand, dass der konkrete Betrag der Kostenobergrenze im Vertragsmuster noch offen ist und für das jeweilige Projekt eingetragen werden muss, ändert nichts an dem AGB-Charakter der Kostenobergrenze (Palandt/Grüneberg, BGB, 73. Auflage, 2014, § 305 Rn. 8 zu „ausfüllungsbedürftigen Leerräumen“). Denn es ist der öffentliche Auftraggeber, der den Betrag im jeweiligen Einzelfall einsetzen wird; häufig genug wird der Betrag ohne Weiteres aus der Auslobungsunterlage des Wettbewerbs übernommen. Zudem ergibt sich die Unwirksamkeit der Kostenobergrenze nicht aus dem konkreten Betrag, sondern aus der mit der Kostenobergrenze einhergehenden Verlagerung unbeherrschbarer Risiken auf den Auftragnehmer (dazu unten Ziff. II.). Bei dem noch einzusetzenden Betrag handelt es sich mithin um eine sogenannte unselbständi-

ge Ergänzung, die den Charakter der Regelung als AGB nicht in Frage stellt (Basedow in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2012, § 305 Rn. 15 f.).

## II.

### **Rechtswidrigkeit der Kostenobergrenze**

Die Kostenobergrenzen in den Musterverträgen der öffentlichen Hand sind gem. § 307 BGB unwirksam. Denn sie bedeuten eine „unangemessene Benachteiligung“ des Architekten. Gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn die in Frage stehende Klausel – hier: Kostenobergrenze – von der gesetzlichen Regelung abweicht und mit wesentlichen Grundgedanken in dieser gesetzlichen Regelung nicht zu vereinbaren ist. Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Die Kostenobergrenze verlagert entgegen dem gesetzlichen Leitbild unbekämpfbare Risiken aus dem Verantwortungsbereich des Bauherren auf den Architekten. Im Einzelnen:

#### **1. Grundgedanken der gesetzlichen Regelung**

Die Haftung des Architekten ist nach dem Gesetz von folgenden Grundgedanken bestimmt:

##### **a) Grundsatz: Gewährleistung für Mangelfreiheit**

Die werkvertragliche Erfüllungs- und Gewährleistungspflicht für Mängel setzt - anders als Schadensersatzansprüche - Verschulden nicht voraus. Der Werkunternehmer (Architekt) muss den Mangel lediglich in einem weiteren Sinne zu verantworten haben (Peters/Jacoby in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2013, § 633 R. 192). Das ergibt sich aus der gesetzlichen Risikozuordnung in § 645 BGB (Staudinger a.a.O. Rn. 193).

##### **b) Verantwortungsbereich des Bauherren bei Mängeln**

Aber für Mängel, die aus dem Verantwortungsbereich des Bauherren stammen, haftet der Werkunternehmer nicht. Diese Abgrenzung der Verantwortungsbereiche ist eine zentrale Voraussetzung für die verschuldensunabhängige Erfüllungshaftung; erst diese Abgrenzung erlaubt es, in dem vom Unternehmer zu verantwortenden Bereich eine verschuldensunabhängige Haftung zu etablieren. Nach § 645 BGB gehören Mängel des vom Bauherren gelieferten „Stoffes“ zum Verantwortungsbereich des Bauherren. Der Begriff „Stoff“ wird dabei weit ausgelegt. Dazu zählt vor allem der Baugrund (Staudinger a.a.O. Rn. 193) - vorbehaltlich einer davon abweichenden Regelung im Vertrag. Auch weitere Umstände werden hierher gerechnet, etwa unvorhersehbare Vorgaben der Genehmigungsbehörde (Preussner, BauR 2001, 697; Palandt/Sprau, BGB, 73. Auflage, 2014, §

645 Rn. 7), Änderungen der anerkannten Regeln der Technik im Planungsverlauf (Mischock/Hirsch, NZBau 2012, 480; Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, Rn. 520 mit Fn. 914) oder Fehler der vom Bauherren beauftragten Fachplaner (Schotten, Festschrift für Koeble, 2010, 499, 504 ff.; OLG Frankfurt, NJW-RR 1990, 1496, 1497). Diese Umstände gehören in den Verantwortungsbereich des Bauherren. Der Honoranspruch wird in diesen Fällen trotz des Mangels fällig, und der Unternehmer (Architekt) schuldet Beseitigung des Mangels (durch Umplanung) nur gegen zusätzliche Vergütung.

Leitbild des Gewährleistungsrechts des Werkvertragsrechts ist mithin, dass der Unternehmer für seine eigenen Leistungen Gewähr leistet, sofern die Fehlerursache seinem Verantwortungsbereich bzw. nicht dem Verantwortungsbereich des Bestellers zugeordnet ist; Leitbild ist mit anderen Worten eine verschuldensunabhängige Leistungsgarantie für diejenigen Werkleistungen, die der Unternehmer selbst herstellt oder zumindest kontrolliert, die in seinem Herrschaftsbereich entstehen.

### **c) Verschuldensprinzip beim Schadensersatz**

Der Architekt haftet nur bei Verschulden auf Schadensersatz wegen Kostenüberschreitungen (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB). Der Architekt muss die Kosten richtig ermitteln, die Kostenentwicklung sorgfältig kontrollieren, den Bauherren bei Kostensteigerungen warnen, er darf nicht am Budget vorbeiplanen; natürlich haftet er bei Kostenüberschreitungen, die er dabei schulhaft verursacht oder schulhaft nicht rechtzeitig erkennt, auf Schadensersatz. Ihn trifft aber keine verschuldensunabhängige Schadensersatzpflicht, wenn die Baukosten steigen oder wenn sie die pflichtgemäß ermittelten Beträge übersteigen.

## **2. Abweichende Risikoverteilung durch die Kostenobergrenze**

Die Kostenobergrenze weicht von dieser gesetzlichen Risikoverteilung ab und ordnet alle damit verbundenen Risiken dem Architekten zu, verlagert also auf ihn auch diejenigen Risiken, die nach dem gesetzlichen Leitbild dem Besteller/Bauherrn zuzuordnen sind.

Zwar bleibt es bei dem Verschuldensprinzip für Schadensersatzansprüche. Die Kostenobergrenze begründet weder eine verschuldensunabhängige Haftung des Architekten etwa in Gestalt einer sogenannten Kostengarantie, bei der der Architekt die Kostenüberschreitung - ohne Verschuldenserfordernis - „aus eigener Tasche“ an den Bauherren bezahlen muss, noch eine verschuldensunabhängige Haftung für andere mit der Steigerung der Baukosten etwa entstehende Kosten

des Bauherrn. Verlangt der Bauherr Schadenersatz, setzt dies nach wie vor ein Verschulden des Architekten an der Kostensteigerung oder an der fehlerhaften Kostenermittlung voraus. Daran ändert die Kostenobergrenze nichts.

Aber die Kostenobergrenze begründet eine werkvertragliche Einstandspflicht des Architekten auf Planungsleistung zu den vereinbarten Kosten – ohne Rücksicht darauf, aus welchem Grunde die Kosten gestiegen sind, also ob aus einem dem Unternehmer oder dem Besteller zuzuordnenden Grund. Das bedeutet: Der Architekt muss mit seinem Honoraranspruch und seinem Umplanungsaufwand dafür einstehen, dass die Kosten eingehalten werden. Diese Konsequenz der Kostenobergrenze ergibt sich aus ihrer rechtlichen Qualität als sogenannte Beschaffungsvereinbarung. Im Einzelnen:

**a) Kostenobergrenze als Beschaffungsvereinbarung**

Die Kostenobergrenze in den Vertragsmustern ist rechtlich die Vereinbarung einer bestimmten Beschaffenheit des Werks nach § 633 Abs. 2 BGB („Beschaffungsvereinbarung“). Nach der Rechtsprechung genügt für eine Beschaffungsvereinbarung, dass der Vertragstext die Kostenvorgabe als verbindlich beschreibt. Formulierungen wie „ist einzuhalten“, „dürfen nicht überschritten werden“ oder „Kostenobergrenze“ begründen eine Beschaffungsvereinbarung; der Begriff selbst braucht im Vertragstext nicht genannt zu sein (BGH NZBau 2013, 386 m.w.N.). Alle Vertragsmuster (oben A.II.) schreiben die Kostenobergrenze mit einer Verbindlichkeit vor, die eine Beschaffungsvereinbarung begründet.

Eine Beschaffungsvereinbarung definiert den werkvertraglichen Erfolg; die Architektenplanung ist ein Werk im Sinne des Gesetzes. Nach § 633 Abs. 2 S. 1 BGB ist das Werk nur dann frei von Sachmängeln, wenn es die „vereinbarte Beschaffenheit“ hat. Das Überschreiten der Kostenobergrenze bedeutet also, dass die Leistung des Architekten mangelhaft ist. Der Auftraggeber hat Anspruch auf Herstellung des mangelfreien Werkes (vor Abnahme) und Gewährleistungsansprüche (nach Abnahme). Diese Verpflichtungen setzen Verschulden des Architekten nicht voraus. Gewährleistung und werkvertragliche Erfüllungspflicht bedeuten, dass der Architekt auch ohne Verschulden mit seinem Honorar – im Zweifel dem gesamten Honorar – und Umplanungsaufwand für das Einhalten der Kostenobergrenze einstehen muss. Das ergibt sich aus Folgendem:

- Der Honoraranspruch des Architekten wird erst fällig mit Abnahme. Ist die Leistung mangelhaft – weil die Kostengrenze überschritten ist, gleich aus welchem Grund – braucht der Auftraggeber die Architektenleistung nicht abzunehmen. Der Architekt hat also keinen Hono-

raranspruch. Bereits gezahlte Abschlagszahlungen kann der Auftraggeber nachträglich mindern oder, wenn die Planung infolge der Kostenüberschreitung für ihn unbrauchbar ist, ganz zurückfordern (OLG Naumburg Urteil vom 14. Oktober 2003 – 11 U 1610/97; die Nichtzulassungsbeschwerde hat der BGH zurückgewiesen, Beschluss vom 30. September 2004 - VII ZR 318/03 -, BauR 2005, 442).

Diese Wirkung der Kostenobergrenze vermeidet von den Vertragsmustern nur die Regelung des Landes Baden-Württemberg (oben A.II.2.: keine Honorarminderung bei nicht zu vertretender Kostenüberschreitung).

- Bei Überschreitung der Kostenobergrenze hat der Auftraggeber Anspruch auf Herstellung der vertraglich geschuldeten Beschaffenheit. Der Architekt muss also solange umplanen, bis die Planung die Kostenobergrenze wieder einhält – wenn das überhaupt möglich ist. Da es sich um Leistungen zur Herstellung des geschuldeten Werkerfolgs handelt, steht dem Architekten dafür kein Umplanungshonorar zu, selbst wenn der Architekt in bereits abgeschlossene Leistungsphasen zurückgehen und u.U. monatelang umplanen muss. Erreicht er das Kostenziel auch nach Umplanungen nicht, gilt das soeben Gesagte: Der Honoraranspruch für sämtliche erbrachten Leistungen wird nicht fällig.

## **b) Auslegung der Kostenobergrenze**

Diese Haftungsfolgen treffen den Architekten aufgrund der Kostenobergrenze auch dann, wenn er die Kostensteigerung nicht verschuldet hat. Der Architekt kann sich nicht damit verteidigen, die Kostensteigerung stamme aus einem von ihm nicht beherrschbaren Risikobereich. Die Frage, welche Vertragspartei die Risiken von Leistungsstörungen (etwa Baugrund, Witte rung, behördliche oder gesetzliche Auflagen, Fachplanungsfehler, Insolvenzen von ausführenden Unternehmen) zu tragen hat, richtet sich in erster Linie nach der vertraglichen Risikozuordnung (Nicklisch/Weick, VOB/B, 3. Auflage, 2001, Einleitung §§ 4 -13, Rn. 7; Kuffer, NZBau 2006, 1, 5 f.), die durch Auslegung zu ermitteln ist. Die Auslegung der Beschaffungsvereinbarung in den Vertragsmustern ergibt, dass die Risiken von Kostensteigerungen dem Architekten zugeordnet werden. Diese Auslegung entspricht der mit dem RB-Bau Vertragsmuster und den dortigen „Hinweisen zum Vertrag Objektplanung“ gegebenen Auslegungshilfe. Die Beschaffungsvereinbarung wird dort wie folgt erläutert (zu Ziff. 5.3):

„Die Einhaltung der Kostenobergrenze als werkvertragliche Erfolgsverpflichtung betrifft die Kostengruppen, auf die der Auftragnehmer unmittelbar Einfluss hat. Bei Gebäudeplanern betrifft dies auch alle Kostengruppen, für die nach dem Vertrag Koordinationsverpflichtungen übertragen werden (z.B. KG 400 Technische Anlagen). Die Verantwortung der fachlich Beteiligten bleibt davon allerdings unberührt. Es sind daher in § 5 Nummer 5.3 als Regelfall die Kosten der Kostengruppen 200 bis 600 zu Grunde gelegt.“

Dieser Hinweis nennt den „Einfluss“ des Architekten als Grund der werkvertraglichen Erfolgsverpflichtung. Dabei genügt offenbar, dass der Architekt bei Kostensteigerungen das Ergebnis beeinflussen und gegensteuern kann (z. B. durch Umplanung); ob er die Ursachen der Kostensteigerung beherrschen konnte, ist nach der Klausel nicht von Belang. Denn schon die bloße Koordinierungsverpflichtung über die Fachplanungen soll für die Erfolgshaltung auch in Bezug auf diese Kostengruppen ausreichen. Das zeigt, dass der Architekt mit der Beschaffungsvereinbarung auch für Einflüsse auf seine Planung einstehen soll, die er allenfalls koordinieren soll, aber die nicht originär seinem Verantwortungsbereich zugeordnet sind. Daran ändert auch der Satz nichts, wonach die „Verantwortung der fachlich Beteiligten unberührt“ bleibe. Damit kann nur die Verantwortung der Fachplaner gegenüber dem Bauherren angeprochen sein. Diese stehen nach der im Vertragsmuster zugrunde gelegten Projektstruktur in einem Vertragsverhältnis (und damit einem „Verantwortungsverhältnis“) zum Bauherren, nicht zum Architekten.

Diese Auslegung deckt sich mit der Ansicht der Rechtsprechung, wonach sich der Architekt im Falle einer Beschaffungsvereinbarung nicht darauf berufen kann, dass es unmöglich sei, das vorgegebene Raumprogramm zu den vereinbarten Kosten einzuhalten (BGH ZfBR 2003, 357). Der Architekt muss sich an seinem vertraglichen Versprechen festhalten lassen (Koenen in: Beck'scher Online-Kommentar VOB/B, August 2014, § 13 Rn. 9).

Schließlich: Im Rahmen der abstrakt-generellen Prüfung der Klauseln gilt der Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung (Micklitz, Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2013, § 1 UKlaG, Rn. 16), also die dem Geschäftspartner des Verwenders, hier also die dem Architekten ungünstigste Auslegung. Soweit Zweifel an der Reichweite der Risikoverlagerung bleiben, gilt die kundenfeindlichste Auslegungsvariante als Maßstab für die Klauselkontrolle. Eine Ausnahme mag allenfalls dann gelten, wenn die Klausel für eine höchst selten vorkommende Situation, für die sie der Inhaltskontrolle verfiele, keine Ausnahme macht (BGH ZIP 1987, 916, 919; BGHZ 91, 55; Wolf/Hau § 5 AGBG, Rn. 120 m. w. Nachw.). Bei kunden-

feindlichster Auslegung ist mithin davon auszugehen, dass den Architekten die Risiken unverdienter Kostensteigerungen treffen sollen.

Die Auslegung der vorgegebenen Regelungen einer Kostenobergrenze ergibt daher, dass sämtliche künftigen Kostenrisiken umfassend auf den Architekten verlagert werden.

**c) Verlagerung von Risiken außerhalb seines Einflussbereichs auf den Architekten**

Die Kostenobergrenze verlagert damit nicht beherrschbare Risiken auf den Architekten. Es sind vor allem drei besondere, risikoerhöhende Faktoren hervorzuheben, die dazu führen, dass der Architekt seine Leistungen nicht vereinbarungsgemäß erbringen kann, ohne auf seinen Leistungserfolg Einfluss nehmen zu können: Die Beschaffungsvereinbarungen schließen nämlich Kosteneinflüsse ein, die überhaupt ausserhalb des Planereinflusses liegen (dazu sub aa)), die von anderen Planern zu bearbeiten sind (dazu sub bb)) oder die nicht in den übertragenen Leistungsphasen bearbeitet oder beherrscht werden können (dazu sub cc)).

Dazu im Einzelnen:

**aa) Allgemeine nicht beeinflussbare Kostenrisiken**

Aufgrund der Kostenobergrenze trägt der Architekt das Risiko (auch) von Kostensteigerungen, die er nicht verursacht hat und nicht vorhersehen konnte. Zahlreiche Kostensteigerungsursachen entziehen sich nämlich seinem Einfluss. Das gilt unabhängig davon, dass er die Kostenermittlungen aufstellt, die Kosten also sein Leistungsgegenstand sind. Die Kostenentwicklung ist von Faktoren abhängig, die der Architekt nicht beeinflussen kann. Das sind z.B. folgende Faktoren:

- Unvorhergesehene Planungsgrundlagen, zum Beispiel bei Planungen ohne vorangegangene Baugrundgutachten; bei Baugrundzuständen und Erschwernissen z.B. in der Gründung (Altlasten etc.), die nicht entdeckt worden waren; bei Planungen im Bestand ohne vollständige Bestandsaufnahme;
- Marktentwicklungen und/oder -defizite auf dem Markt der Bauleistungen: Allgemeine, über das allgemein vorhergesehene hinausgehende Baukostensteigerungen, Preisabsprachen, Materialpreiserhöhungen;

- Bauablaufstörungen aufgrund von Witterung, Behinderungen oder Insolvenz von Auftragnehmern;
- Erhöhung der Mehrwertsteuer (Brutto-Kostenobergrenze).

Diese Aufzählung lässt sich fortsetzen. Allen diesen Risiken ist gemein, dass der Architekt sie mit seiner Planung nicht beeinflussen kann; mit seiner Kostenermittlungen kann der Architekt diese Risiken auch nur ungenau prognostizieren. Dennoch führen die vorgegebenen Beschaffungsvereinbarungen dazu, dass auch solche Kostenrisiken auf den Architekten verlagert werden; realisieren sie sich, steigen also aus diesen Gründen die Baukosten, hat der Architekt nach dem Konzept der Beschaffungsregelungen keine abnahmefähige Planung erbracht.

#### **bb) Kostenrisiken in nicht bearbeiteten Kostengruppen**

In der Regel wird ein Betrag eingesetzt, der die Kostengruppen 200 bis 600 nach DIN 276 repräsentiert. So heißt es in den „Hinweisen zum Vertrag Objektplanung“ des Bundes (eingeführt mit Erlass BMVBS vom 25. September 2013):

„Es sind daher in § 5 Nr. 5.3 als Regelfall die Kosten der Kostengruppen 200 bis 600 zugrunde gelegt.“

Der Umstand, dass für die Kostenobergrenze alle Kosten der Kostengruppen 200 bis 600 herangezogen werden, erhöht das Risiko des Architekten erheblich und erweitert es in einen von ihm nicht zu beeinflussenden Bereich, nämlich in den Bereich von Fachplanungen, die ja gerade ein anderer Planer verantwortet. Steigen die Kosten in den von anderen Planern bearbeiteten Bereichen, gilt wiederum, dass der Architekt aus diesem Grund sein Vertragsziel nicht erreichen kann, obgleich er keinen Einfluss auf diese Kosten hat.

Dieses Risiko wird entgegen einem landläufig verwendeten Argument auch nicht dadurch beherrsch- oder entscheidend beeinflussbar, dass der Architekt eine – vertraglich mehr oder weniger intensiv ausgestaltete – Koordinierungspflicht hat und daher die Leistungsbeiträge der Fachplaner in gewissem Umfang auch beeinflussen kann. Denn weil nach wie vor der Bauherr und nicht der Architekt Auftraggeber der Fachplaner ist (so die in den Vertragsmustern vorgesehene Vertragsstruktur), steht dem Architekt entscheidender Einfluss gerade nicht zu. Der Architekt erfüllt seine Koordinierungspflicht, wenn er feststellt,

dass Kostensteigerungen aus Kostengruppen drohen, die von ihm nicht geplant werden. Aber es steht ihm keine rechtliche Möglichkeit zu, diese Kostensteigerungen zu verhindern. Er kann den Fachplaner darum bitten, aber er kann sich nicht rechtlich verbindlich darauf verlassen, dass er die vereinbarte Beschaffenheit erreichen kann. Er selbst kann dem Fachplaner keine Kostenvorgaben machen, die von diesem dann einzuhalten wären. Wenn der Architekt die mit ihm vereinbarte Beschaffenheit zu den Gesamtkosten erreichen will, obwohl es Kostensteigerungen in anderen Bereichen gibt, muss er vielmehr auf diese „fremden“ Kostensteigerungen reagieren und in den eigenen bearbeiteten Kostengruppen entsprechend einsparen – wenn das überhaupt möglich ist. Das zeigt: Die Koordinierungsverpflichtung verschärft es geradezu, dass der Architekt mit eigener Gewährleistung für fremde Kostenergebnisse einstehen muss.

### **cc) Kostenrisiken in nicht bearbeiteten Leistungsphasen**

Weiterhin wird das Risiko des Architekten dadurch erhöht, dass es sich bei allen Musterverträgen der öffentlichen Hand, deren Kostenregelungen hier betrachtet werden, um sogenannte Stufen- oder Optionsverträge handelt. Dieser Auftragstakt wird ebenfalls regelmäßig vorgegeben. Es ist das Wesen dieser Verträge, dass zunächst nur wenige Leistungsphasen fest beauftragt werden. Für weitere Leistungsphasen bietet der Auftragnehmer seine Leistungen verbindlich an; dem Auftraggeber steht es indessen frei, diese Leistungen abzurufen und auf diese Weise einen weitergehenden Vertrag herbeizuführen. Der Architekt kann also nur damit rechnen, dass diese Leistungen später beauftragt werden, er kann nicht sicher davon ausgehen. Die Vereinbarungen zu den Kostenobergrenzen nehmen auf diesen vorgegebenen Vertragsrhythmus keine Rücksicht. Das wirft die – in den Regelungen auch nicht beantwortete – Frage auf, welche Kosten für die Beschaffungsprüfung nach § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB maßgeblich sind. Denn es gibt für ein Vorhaben mehrere, verschiedene Kostenstände, die den Ablauf der Planungsentwicklung begleiten und somit darstellen. Nach den Regelungen des Preisrechts für Architektenleistungen (HOAI) werden Kosten zum Vorentwurf, zum Entwurf, in mehreren Schritten parallel zur Vergabe und schließlich nach der Ausführung ermittelt. In der Praxis finden sich daneben laufende Fortschreibungen dieser Kostenermittlungen. Die Regelungen der Kostenbeschaffung lassen offen, welcher dieser verschiedenen Kostenstände gilt – die am Ende des Vorhabens festgestellten Kosten oder auf andere Weise ermittelte Kosten?

Im Rahmen der abstrakt-generellen Prüfung der Klauseln gilt der Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung (Micklitz, Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2013, § 1 UKlaG, Rn. 16; siehe bereits oben D. I. 2. b.). Bei kundenfeindlichster Auslegung ist davon auszugehen, dass mit dem Begriff der „Baukosten“ die am Ende des Vorhabens festgestellten Kosten gemeint sind. Damit wären die festgestellten Kosten maßgeblich für die Beurteilung der Abnahmereife von Planungsleistungen, auch wenn der Vertrag auf Planungsleistungen beschränkt bleibt. Aber damit werden gerade bei Stufenverträgen Risiken aus Leistungsphasen, die vom Architekten möglicherweise nicht mehr bearbeitet werden, auch in seinen Leistungsbereich verlagert.

Selbst bei einer davon abweichenden Auslegung zeigte sich kein fundamental anderes Ergebnis. Zwar wäre denkbar, stets ein Kostenermittlungsergebnis heranzuziehen, das den tatsächlich übernommenen Leistungen entspricht. Dann würden theoretisch keine Kostenrisiken in nicht bearbeiteten Leistungsphasen entstehen. Allerdings stimmt der Takt des stufenweise erteilten Auftrages mit dem Takt der Kostenermittlungen nach DIN 276 nicht überein, so dass sich in verschiedenen Konstellationen (beispielsweise bei der Leistungsphase 5) weiterhin die Frage stellt, ob eine noch nicht vorliegende Kostenermittlung maßgeblich sein kann für die Beurteilung der Fehlerfreiheit des Architektenwerks.

### **3. Unangemessene Benachteiligung**

Wegen dieser Konsequenzen benachteiligt die Kostenobergrenze den Architekten unangemessen und ist gem. § 307 BGB unwirksam. Zwar erlaubt das Gesetz grundsätzlich, Beschaffenheiten zu vereinbaren. Auch passt es zu den werkvertraglich organisierten Planungsleistungen des Architekten, dass die wirtschaftlichen Folgen bei der Umsetzung der Planung berücksichtigt werden müssen, also gerade die Herstellungskosten. Für die Beurteilung einer vorgegebenen, nicht verhandelbaren Allgemeinen Geschäftsbedingung kommt es indes nicht darauf an, dass das Gesetz nachgiebig ist, sondern darauf, ob die beanstandeten Klauseln den Vertragspartner unangemessen benachteiligen. Das ist hier der Fall, wie sich aus einer Mehrzahl von Gründen ergibt:

#### **a) Keine Kompensation**

Der Architekt erhält keine Kompensation für die Übernahme dieser Risiken. Die Vertragsmuster sehen die Honorierung des Architekten nach den HOAI-Parametern vor (z.B. § 10 des Vertragsmusters des Bundes). Nach

der Rechtsprechung deckt das HOAI-Honorar das einmalige Erbringen der Planungsleistung ab, nicht aber die Wiederholung wesentlicher Planungsschritte; muss der Architekt aus Gründen, die er nicht zu vertreten hat, wesentliche Planungsleistungen wiederholen, hat er Anspruch auf ein Umplanungshonorar (BGH NZ-Bau 2007, 653; BGH BauR 2012, 975; OLG Düsseldorf BauR 2007, 1270). Die Kostenobergrenze durchbricht diesen Mechanismus. Der Architekt muss aufgrund der Kostenobergrenze bei von ihm nicht zu vertretenden Kostenüberschreitungen unentgeltlich umplanen, auch wenn das zur Wiederholung bereits erbrachter Planungsstufen führt.

**b) Wirtschaftliche Konsequenzen für den Architekten**

Der Aufwand für die Umplanung kann enorm sein. Der Architekt muss unter Umständen monatelang mit seiner ganzen Mannschaft umplanen, um die Kosten ins Budget zu bringen. Damit kann das gesamte Projekt für den Architekten unwirtschaftlich werden. Bei Architekturbüros mit nur geringen Rücklagen kann das sogar zur Insolvenz führen, da der Architekt einerseits während der Umplanung seine Angestellten bezahlen muss, andererseits aber kein Honorar erhält.

Der Architekt kann sich davon auch nicht durch Kündigung befreien. Da die Überschreitung der als Beschaffenheit vereinbarten Kostenobergrenze einen Mangel der Architektenleistung darstellt, wäre die Kündigung des Architekten unberechtigt mit der Folge, dass dem Auftraggeber Schadensersatzansprüche für die Mehrkosten (Verzögerungsschäden, Mehrkosten der Beauftragung eines anderen Architekten) zustehen.

**c) Früher Zeitpunkt der Beschaffungsvereinbarung**

Die Vertragsmuster sehen die Vereinbarung der Kostenobergrenze mit Vertragsschluss vor (Ausnahme: das Berliner Vertragsmuster, das die Kostenberechnung der EW-Bau zugrundelegt). Zu diesem Zeitpunkt gibt es im Regelfall erst einen mehr oder weniger weit gediehenen Wettbewerbs- oder Vorentwurf. In diesem frühen Planungsstadium lassen sich verbindliche Kostenaussagen regelmäßig ohnehin noch nicht treffen; in diesem Stadium entspricht es vielmehr dem Standard der allgemeinen Regeln der Planung, Kostenermittlungen noch einen Toleranzrahmen zuzubilligen. Allein aus diesem Grund dürfte die Beschaffungsvereinbarung in den Vertragsmustern (insoweit mit Ausnahme von Berlin) unwirksam sein (vgl. Koeble in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, Rn. 797).

**d) Marktmacht der öffentlichen Hand**

Der Architekt hat in der Regel keine Verhandlungsmacht, die Kostenobergrenze im Vertrag zu beeinflussen oder heraus zu verhandeln. Die öffentliche Hand ist der größte Auftraggeber im Markt. Für das konkrete Projekt hat sie sogar eine Monopolstellung, während der Architekt mit anderen Architekturbüros um den Auftrag konkurriert. De facto hat der Architekt häufig nur die Wahl, die Kostenobergrenze zu akzeptieren oder von der Bewerbung um den Auftrag Abstand zu nehmen. Oft wird die Regelung auch erst präsentiert, wenn der Architekt schon erheblichen Aufwand mit der Akquisition betrieben hat, in dem er sich an einem vorangegangenen Wettbewerb beteiligt hat. Erst im nachlaufenden VOF-Verfahren gibt der Auslober dann den Vertragsentwurf vor.

**e) Kosteninteresse des Auftraggebers**

Die öffentliche Hand wird sich auf ihr überragendes Interesse an Kostensicherheit berufen. Indes rechtfertigt dieses Interesse nur, vom Architekten zu verlangen, alles in seiner Macht stehende für die Einhaltung der Kosten zu tun. Dazu ist der Architekt ohnehin verpflichtet. Auch ohne Kostenobergrenze als Beschaffungsvereinbarung muss der Architekt die Kosten kontrollieren und darf nicht am Budget vorbeiplanen, sonst macht er sich schadensersatzpflichtig. Dagegen gibt es kein legitimes Interesse der öffentlichen Hand, unbeherrschbare Kostenrisiken auf den Architekten zu verlagern.

**4. Verstoß gegen das Transparenzgebot**

Die Kostenobergrenze in den Musterverträgen dürfte zudem gegen das AGB-rechtliche Transparenzgebot verstößen. Gemäß § 307 Abs. 1 S. 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass die Klausel nicht klar und verständlich ist.

„Verständlichkeit“ bedeutet, dass der AGB-Verwender die Rechte und Pflichten der Parteien in Voraussetzungen und Folgen klar bezeichnen muss (Dauner-Lieb/Langen, BGB, 2. Auflage, 2012, § 307 Rn. 16). Intransparent ist deshalb auch eine klar formulierte Klausel, deren Rechtsfolgen der Vertragspartner jedoch nicht abschätzen kann. Die AGB-Klausel muss auch die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen für den Vertragspartner erkennen lassen (Dauner-Lieb/Langen a.a.O.). Dabei muss der Vertragspartner in der Lage sein, die Wirkung der Klausel auch ohne Einholung von Rechtsrat zu erkennen (Beck'scher Online-Kommentar/Jacobs, Edt. 33, § 307 Rn. 59).

Gemessen an diesen Maßstäben ist die Kostenobergrenze in den Vertragsmustern als intransparent einzustufen. Denn die Kostenobergrenze ist als solche zwar klar formuliert. Die rechtlichen und wirtschaftlichen Konsequenzen werden aber nicht beim Namen genannt. Die Honorar- und Umplanungsfolgen für den Architekten sind erst bei genauer rechtlicher Analyse erkennbar. Größte Intransparenz herrscht im Übrigen bei der Frage, welche Kosten maßgeblich sind – die zum Leistungsstand gehörenden Kosten nach der jeweiligen Kostenermittlung oder die festgestellten Kosten, gleichgültig wie weit der Architekt beauftragt wurde.

Es spricht zudem vieles dafür, dass diese Intransparenz auch als unangemessene Benachteiligung zu qualifizieren ist. Denn diese Intransparenz trägt dazu bei, dass die potenziellen Auftragnehmer der öffentlichen Hand davon abgehalten werden, vor Vertragsschluss über die Kostenobergrenze zu verhandeln. Das wird noch verstärkt durch den missverständlichen Text in den „Hinweisen zum Vertrag Objektplanung“ (Erlass BMVBS vom 25. September 2013). Demnach gelte die Kostenobergrenze nur für Kostengruppen, auf die der Auftragnehmer „unmittelbar Einfluss“ habe. Damit wird suggeriert, der Architekt übernehme mit der Kostenobergrenze lediglich ein Risiko, das für ihn steuer- und beherrschbar ist. Das ist aber gerade nicht zutreffend; der Architekt muss aufgrund der Kostenobergrenze auch für Kostenentwicklungen außerhalb seines Einflussbereichs einstehen (mit seinem Honorar und dem Umplanungsaufwand).

### III. **Wirksame Kostenregelung**

Diesem Memorandum geht es nicht darum, die besondere Verantwortung des Architekten für die Kosten in Abrede zu stellen. Architekten sind sich ihrer herausgehobenen Stellung und ihrer Verantwortung für das Budget des Bauvorhabens voll bewusst. Sie ermitteln und verfolgen die Kosten akribisch, warnen bei sich abzeichnenden Kostensteigerungen, steuern gegen, entwickeln Einsparvorschläge. Sie verstehen sich als die zentralen Akteure im Planungs- und Entwicklungsgeschehen, die es dem Bauherrn ermöglichen, seine inhaltlichen und qualitativen Wünsche so weit wie möglich in Deckung zu bringen mit seinen Kostenvorstellungen und den vorzufindenden Bedingungen auf dem Markt der Bauleistungen. Aber Architekten wehren sich dagegen, dass die öffentliche Hand ihnen die wirtschaftlichen Folgen unbeherrschbarer Kostenrisiken aufbürdet. Eben das geschieht durch die Kostenobregrenze in den Vertragsmustern, indem der Architekt bei unverschuldeten Kostenüberschreitungen umsonst umplanen muss und im schlimmsten Fall seinen gesamten Honoraranspruch verliert.

Eine ausgewogene Regelung muss daher mindestens dreierlei berücksichtigen. Sie muss

- die originäre Planungsverantwortung – für die vom Architekten bearbeiteten Kosten – von der abgeleiteten, Koordinierungsverantwortung für die von Dritten bearbeiteten Kosten unterscheiden;
- klarstellen, welche – zum Auftragsumfang passende – Kostenermittlung maßgeblich ist für die Frage, ob der Architekt seine Pflichten erfüllt hat;
- entweder Kostensteigerungsrisiken, die nicht dem Verantwortungsbereich des Architekten zugeordnet sind, von seiner Verpflichtung ausnehmen oder es ihm erlauben, dafür von ihm selbst anzusetzende Sicherheiten zu bilden, in der Regel indem Zuschläge angesetzt werden.

Im Rahmen von Klagen gegen die vorformulierten Beschaffensvereinbarungen sollte dem jeweiligen Beklagten eine akzeptable allgemeine Regelung vorgeschlagen werden, damit er prüfen kann, ob das Klageverfahren aus seiner Sicht „lohnt“ oder der Gegenvorschlag vielleicht auch für seine Bedürfnisse vernünftig ist.

## **E. Kosten**

Für die Kosten des untersuchten Vorgehens gegen die von der öffentlichen Hand verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist in Rechnung zu stellen:

### **I. Kosten der Vereinsgründung bis zum Klageverfahren**

Für die Gründung des Vereins und die anwaltliche Begleitung bis zum Klageverfahren sollte der Verein ein Budget von rund 10.000 Euro kalkulieren.

### **II. Prozesskosten**

#### **1. Gerichtskosten und Anwaltskosten der Gegenseite**

Falls die Klage keinen Erfolg hat, muss der Verein die Gerichtskosten und die gesetzlichen Anwaltsgebühren der Gegenseite bezahlen. Diese Kosten richten sich nach dem Streitwert. Der Streitwert ist bei AGB-Klagen in der Regel sehr niedrig, gerade um den Klägern die Scheu vor dem Kostenrisiko zu nehmen. In der Rechtsprechung wird in der Regel ein Streitwert von 2.500 Euro je angegriffener AGB-Klausel angenommen. Bei Klagen von Vereinen im Sinne des § 3 U-KlaG kommen bei Grundsatzurteilen auch höhere Beträge bis 10.000 € in Betracht (Micklitz in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Auflage, 2013, § 5 UKlaG

Rn. 40; Schlosser in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2013, § 5 UKlaG Rn. 2 mwN).

Hier geht es um eine Klausel mit grundlegender Bedeutung für die Architektenbranche. Es ist deshalb denkbar, dass das Gericht den Streitwert erheblich höher ansetzt als den bei „normalen“ AGB-Klagen angenommenen Regelwert von 2.500 €. Andererseits geht die Tendenz des BGH bei AGB-Klagen dahin, das Gebührenrisiko für die Kläger gering zu halten (Staudinger a.a.O.). Aus Gründen der wirtschaftlichen Vorsicht für den Verein und zur Abwehr des Einwands, der Verein könne die Klagen nicht finanzieren und habe daher auch keine Klagebefugnis, gehen wir von einem Streitwert von 20.000 € aus. Bei diesem Streitwert betragen die Gerichtskosten für drei Instanzen 4.140 € und die gegnerischen Anwaltskosten nach dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG) 8.106,51 € brutto.

## **2. Eigene Anwaltskosten**

Die gesetzlichen Gebühren nach dem RVG für eine solche Klage sind nicht kostendeckend. Um die Klage sorgfältig zu führen, muss ein angemessenes Honorar für die eigene Vertretung kalkuliert werden. Wir schätzen das nach Stundenaufwand berechnete Honorar auf 12.500 € netto je Instanz (erste Instanz und Berufungsverfahren) ohne Nebenkosten. In einer dritten Instanz vor dem BGH muss sich der Verein durch einen dort zugelassenen Anwalt vertreten lassen; dessen Kosten betragen nach dem RVG 2.840 € netto. Erfahrungsgemäß akzeptieren BGH-Anwälte derartige Mandate zu den gesetzlichen Gebühren; vorsorglich sollten allerdings auch für eine dritte Instanz eigene Kosten mit 10.000 € netto kalkuliert werden. Drei Instanzen kosten den Verein also auf der eigenen Seite insgesamt 35.000 €.

Diese Ansätze gelten für das erste Klageverfahren. Wenn mehrere AGB (verschiedener Länder, Gemeinden etc.) angegriffen werden sollen, reduzieren sich die eigenen Anwaltskosten für die weiteren Verfahren wegen der inhaltlichen Überscheidungen voraussichtlich um zwei Drittel (auf rund 8.350 € netto); für die dritte Instanz sollten dann lediglich die gesetzlichen Gebühren angesetzt werden (2.840 € netto).

## **3. Zusammenrechnung Prozesskosten**

Für den ersten Rechtsstreit sind daher (veranschlagt für alle Instanzen) rund 47.250 € anzusetzen. Jeder weitere Prozess muss mit rund 23.450 € veranschlagt werden.

**III.**  
**Gesamtkosten**

Für die Gründung und einen Musterprozess muss der Verein über eine Finanzierung in Höhe von rund 57.000 € verfügen.

**F.**  
**Ergebnisse**

- Der Verein „fairtrag“ ist berechtigt, gegen die Musterverträge der öffentlichen Hand zu klagen.
- Je mehr Mitglieder der Verein hat, desto größer die Aussichten, dass das Gericht die Klagebefugnis anerkennt.
- Die Klage ist in der Sache erfolgsversprechend. Die besseren Argumente sprechen dafür, dass die Kostenobergrenze in den Vertragsmustern der öffentlichen Hand als Allgemeine Geschäftsbedingung rechtswidrig ist.
- Das maximale Prozesskostenrisiko für eine Klage durch drei Instanzen beträgt ca. 47.250 €. Zuzüglich der Kosten für die Vereinsgründung hat der Verein ein Budget von mindestens ca. 57.000 € aus seinen Mitgliedsbeiträgen aufzubringen.

**x x x**