

Landgericht Berlin
Tegeler Weg 17-21
10589 Berlin

Raue LLP
Rechtsanwälte und Notare
Potsdamer Platz 1
10785 Berlin
Tel +49 (0)30 818 550-0
Fax +49 (0)30 818 550-100
www.raue.com

KLAGE

des fairtrag e.V., vertreten durch den Vorstand Prof. Rainer Hascher,
Per Pedersen und Juan Lukas Young, Kantstraße 17, 10623 Berlin,

- Kläger -

Prozessbevollmächtigte

die Rechtsanwälte der oben genannten Sozietät Raue LLP,
Potsdamer Platz 1, 10785 Berlin

g e g e n

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das Bundesamt für
Bau- und Raumwesen, dieses vertreten durch die Präsidentin Petra
Wesseler, Straße des 17. Juni 112, 10623 Berlin

- Beklagte -

**wegen unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingung der
Beklagten für Planerverträge, Verbandsklage nach
§§ 1, 3 Abs. 1 UKlaG**

Streitwert: 10.000 €

**Dr. Carl-Stephan Schweer
Dr. Valentin Todorow**

Sekretariat: Katja Fischer

Tel: +49 30 818 550 - 307
Fax: +49 30 818 550 - 105
carl-stephan.schweer@raue.com
valentin.todorow@raue.com

Datum: 10. September 2015
Unser Zeichen: 1941-14 tkrVTO/frCS

Raue LLP ist eine in England und Wales unter der Nummer 353949 registrierte Limited Liability Partnership nach englischem Recht, die in Deutschland beim Amtsgericht Charlottenburg unter PR 658 B eingetragen ist. Es besteht keine persönliche Haftung der Partner (members) für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft.

Raue LLP is a Limited Liability Partnership under English law, registered in England and Wales under No. 353949 and registered in Germany with the Local Court Charlottenburg under PR 658 B. The members are not personally liable for the liabilities of the partnership.

Namens und in Vollmacht des Klägers erheben wir Klage und bitten, möglichst rasch einen Termin zur mündlichen Verhandlung zu bestimmen, in dem wir beantragen werden:

Der Beklagten wird unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel untersagt, folgende Klauseln in Verträgen über Planungsleistungen der Architekten und Ingenieure zu verwenden oder verwenden zu lassen:

Im Vertragsmuster „Objektplanung - Gebäude und Innenräume“:

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

Im Vertragsmuster „Fachplanung Technische Ausrüstung“:

„Die Baukosten für die Baumaßnahme dürfen den Betrag von [...] € brutto/[...] € netto nicht überschreiten. Die genannten Kosten umfassen die Kostengruppen 200 bis 600 nach DIN 276-1: 2008-12, soweit diese Kostengruppen in der ES-Bau/KVM-Bau/HU-Bau/AA-Bau erfasst sind. Der Auftragnehmer hat seine Leistungen bezogen auf die von ihm zu bearbeitenden Kostengruppen so zu erbringen, dass diese Kostenobergrenze eingehalten wird.“

Im Vertragsmuster „Tragwerksplanung“:

„Die Baukosten für die Baumaßnahme dürfen den Betrag von [...] € brutto/[...] € netto nicht überschreiten. Die genannten Kosten umfassen die Kostengruppen 200 bis 600 nach DIN 276-1: 2008-12, soweit diese Kostengruppen in der ES-Bau/KVM-Bau/HU-Bau/AA-Bau erfasst sind. Der Auftragnehmer hat seine Leistungen bezogen auf die von ihm zu bearbeitenden Kostengruppen so zu erbringen, dass diese Kostenobergrenze eingehalten wird.“

Im Vertragsmuster „Freianlagen“:

„Die Baukosten für die Freianlage (N) dürfen den Betrag von € brutto/.....€ netto nicht überschreiten. Die genannten Kosten umfassen die Kostengruppen 200, 500,

***ggf. 600 nach DIN 276-1: 2008-12, soweit diese Kosten-
gruppen in der ES-Bau/KVM-Bau/HU-Bau/AA-Bau erfasst
sind. Der Auftragnehmer hat seine Leistungen bezogen auf
die von ihm zu bearbeitenden Kostengruppen so zu erbrin-
gen, dass diese Kostenobergrenze eingehalten wird.“***

Für den Fall eines schriftlichen Vorverfahrens beantragen wir schon jetzt,

**gegen die Beklagte Anerkenntnis- oder Versäumnisurteil zu
erlassen, sobald die gesetzlichen Voraussetzungen der
§§ 307, 331 ZPO dafür vorliegen.**

Begründung

Der Kläger ist ein Verein freier Architekten und Ingenieure. Die Beklagte ist die größte einzelne Bauherrin und Auftraggeberin von Planungsleistungen in Deutschland. In ihren Vertragsmustern praktiziert die Beklagte zunehmend eine unfaire und unzumutbare Benachteiligung ihrer Auftragnehmer. Das gilt insbesondere für die im Klageantrag zitierte Kostenobergrenze. Diese Klausel verlagert Risiken auf den Auftragnehmer, die dieser weder beherrschen noch beeinflussen kann. Die Klausel verstößt gegen §§ 305 ff. BGB und ist daher unwirksam. Das macht der Kläger auf Grund seiner Verbandsklagebefugnis nach §§ 1, 3 Abs. 1 Nr. 2 UKlaG mit dieser Klage geltend.

Wir gliedern wie folgt:

A. Sachverhalt

I. Der Kläger

II. Die Vertragsmuster der Beklagten

III. Die Kostenobergrenze im Vertragsmuster

IV. Keine Verhandelbarkeit der Kostenobergrenze

B. Rechtliche Würdigung

I. Zulässigkeit

1. Zuständigkeit des Gerichts

2. Klagebefugnis des Klägers

II. Begründetheit

1. Kostenobergrenze als AGB

2. Verstoß gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB: Unangemessene Benachteiligung

a) Benachteiligung

aa) Rechtslage ohne die beanstandete Klausel

bb) Kostenobergrenze als Beschaffenheitsvereinbarung

b) Unangemessene Benachteiligung

aa) Verlagerung von Risiken außerhalb seines Einflussbereichs auf den Auftragnehmer

(1) Allgemeine nicht beeinflussbare Kostenrisiken

(2) Kostenrisiken in nicht bearbeiteten Kostengruppen

(3) Kostenrisiken in nicht bearbeiteten Leistungsphasen

bb) Keine Kompensation

cc) Wirtschaftliche Konsequenzen

dd) Früher Zeitpunkt der Beschaffenheitsvereinbarung

ee) Unmöglichkeit

ff) Marktmacht der Beklagten

gg) Kosteninteresse der Beklagten

3. Verstoß gegen das Transparenzgebot

III. Konstruktive Bemerkung

IV. Zur Streitwertangabe

**A.
Sachverhalt**

**I.
Der Kläger**

Die freiberuflichen Planer (Architekten, Landschaftsarchitekten und Ingenieure) leiden zunehmend unter unfairen und einseitigen Vertragsbedingungen, die insbesondere die Auftraggeber der öffentlichen Hand ihnen oktroyieren. Gerade die Beklagte – mit Vorbildwirkung für andere öffentliche Hände – versucht mit ihren Vertragsmustern, die wirtschaftlichen Risiken, die mit dem Bauen einhergehen, möglichst umfassend und ohne Kompensation auf die Planer zu verlagern. In den Vertragsverhandlungen erfahren die Planer regelmäßig, dass diese vorgegebenen Klauseln nicht verhandelbar sind.

Als Reaktion auf diese Entwicklung haben 28 Architektur- und Ingenieurbüros am 20. Februar 2015 den klagenden Verein gegründet. Zu den Gründungsmitgliedern zählt neben zahlreichen renommierten Planungsbüros auch der Bund Deutscher Architekten (BDA) e.V.

Die Satzung des Klägers überreichen wir als **Anlage K 1**. Vereinszweck ist gemäß § 2 der Satzung der Erfahrungsaustausch der Mitglieder über die Zusammenarbeit mit Bauherren und die gerichtliche Durchsetzung rechtmäßiger Vertragskonditionen in Vertragsmustern von Bauherren, insbesondere der öffentlichen Hand.

Der Verein wurde am 13. Mai 2015 in das Vereinsregister eingetragen (**Anlage K 2**).

Die Gründung des Klägers ist auf große Resonanz in der Branche gestoßen. *Colorandi causa* überreichen wir einen Artikel aus der Zeitschrift BauNetz, einer der maßgeblichen Branchenpublikationen (**Anlage K 3**).

Seit seiner Gründung hat der Kläger zahlreiche neue Mitglieder gewonnen. Aktuell zählt der Kläger über 200 Vereinsmitglieder. Die Mitglieder repräsentieren einen Querschnitt der nationalen Planerbranche, von kleineren Planungsbüros bis hin zu renommierten Großbüros. Die aktuelle Mitgliederliste ist **Anlage K 4** zur Klage.

Der Kläger hat aus seinen Reihen drei Vorstände gewählt, die jeweils zugleich auch Geschäftsführer ihrer Planungsbüros sind (Prof. Rainer Hascher von Hascher Jehle Architektur, Per Pedersen von Staab Architekten, Juan Lucas Young von Sauerbruch Hutton). Der Vorstand hat mit Mitarbeitern des Büros Hascher Jehle Architektur eine Geschäftsstelle des Vereins gebildet; inzwischen liegt die Geschäftsstelle in den Händen des BDA e.V..

Der Kläger finanziert sich über die Beiträge seiner Mitglieder. Jedes Mitglied hat mit seinem Beitritt einen einmaligen Beitrag von 100 Euro zur Deckung der laufenden Kosten des Klägers gezahlt (Ziff. 3.4.1). Ziff. 3.4.2 der Satzung bestimmt, dass der Kläger ein Klageverfahren erst beginnen darf, wenn durch die Finanzierung gewährleistet ist, dass der Verein im Falle des Unterliegens die gesamten Prozesskosten einschließlich der gegnerischen Anwaltskosten bezahlen kann. Daher hat die Mitgliederversammlung des Klägers am 23. Juni 2015 eine Sonderumlage der Mitglieder zur Finanzierung dieses Klageverfahrens beschlossen. Auf dieser Grundlage haben die Mitglieder dem Kläger insgesamt Mittel in Höhe von mittlerweile mehr als 205.000 Euro liquide zur Verfügung gestellt. Im Falle des Bestreitens treten wir **Beweis** dafür an durch Vorlage der Vereinsbeschlüsse und Kontounterlagen sowie durch das Zeugnis des zuständigen Mitarbeiters des BDA e.V..

II.

Die Vertragsmuster der Beklagten

Die Beklagte ist der größte einzelne Auftraggeber von Bau- und Planungsleistungen in Deutschland. Sie wickelt ihre Bauvorhaben auf der Grundlage der Richtlinien für die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes (RBBau) ab. Die RBBau sind auf der Website des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit abrufbar unter <http://www.bmub.bund.de/themen/bauen/bauwesen/gesetzgebung-und-leitfaeden/richtlinien/richtlinien-fuer-die-durchfuehrung-von-bauaufgaben-des-bundes-rbbau/>.

Dieses Regelwerk enthält Vertragsmuster für die Verträge der Beklagten mit den am Bau Beteiligten. Die Architektenverträge sind geregelt im Vertragsmuster „Vertrag Objektplanung - Gebäude und Innenräume“ (**Anlage K 5**), die Ingenieurverträge für die technische Ausrüstung im Vertragsmuster „Vertrag Fachplanung - technische Ausrüstung“ (**Anlage K 6**), die Leistungen der Tragwerksplanung im Vertragsmuster „Vertrag Tragwerksplanung“ (**Anlage K 7**) und die Leistungen des Landschaftsarchitekten im Vertragsmuster „Vertrag Objektplanung - Freianlagen“ (**Anlage K 8**).

Die Vertragsmuster sehen stufenweise Beauftragung des Auftragnehmers vor (Ziff. 4.2). Regelmäßig überträgt die Beklagte anweisungsgemäß dem Auftragnehmer zunächst nur die Leistungen bis einschließlich der HOAI-Leistungsphase 4 (Genehmigungsplanung), und anschließend je nach Ermessen der Beklagten in möglichen weiteren Stufen die Leistungsphasen 5 bis 7 (Ausführungsplanung, Ausschreibung und Vergabe) und die Leistungsphasen 8 und 9 (Objektüberwachung und -betreuung).

III.**Die Kostenobergrenze im Vertragsmuster**

Die streitgegenständliche Kostenobergrenze ist jeweils in Ziff. 5.3.1 der Vertragsmuster geregelt. Die mit der Klage angegriffenen Klauseln haben folgenden Wortlaut (Ziff. 5.3.1):

Im Vertragsmuster „Objektplanung - Gebäude und Innenräume“ (= Architekten):

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

In den Vertragsmustern „Fachplanung Technische Ausrüstung“ und „Tragwerksplanung“ jeweils:

„Die Baukosten für die Baumaßnahme dürfen den Betrag von [...] € brutto/[...] € netto nicht überschreiten. Die genannten Kosten umfassen die Kostengruppen 200 bis 600 nach DIN 276-1: 2008-12, soweit diese Kostengruppen in der ES-Bau/KVM-Bau/HU-Bau/AA-Bau erfasst sind. Der Auftragnehmer hat seine Leistungen bezogen auf die von ihm zu bearbeitenden Kostengruppen so zu erbringen, dass diese Kostenobergrenze eingehalten wird.“

Im Vertragsmuster „Freianlagen“ (= Landschaftsarchitekt):

„Die Baukosten für die Freianlage (N) dürfen den Betrag von € brutto/.....€ netto nicht überschreiten. Die genannten Kosten umfassen die Kostengruppen 200, 500, ggf. 600 nach DIN 276-1: 2008-12, soweit diese Kostengruppen in der ES-Bau/KVM-Bau/HU-Bau/AA-Bau erfasst sind. Der Auftragnehmer hat seine Leistungen bezogen auf die von ihm zu bearbeitenden Kostengruppen so zu erbringen, dass diese Kostenobergrenze eingehalten wird.“

Zu diesen Klauseln ist folgendes erläuterungsbedürftig:

- Die „Kostengruppen 200 bis 600 nach DIN 276“ nehmen Bezug auf die am Bau übliche Einteilung der Baukosten. Diese Einteilung nach Kostengruppen ist in der DIN 276 wie folgt geregelt:

Die Kostengruppe 200 erfasst die Kosten des Herrichtens und des Erschließens; das sind vorbereitende Maßnahmen, um das Grundstück bebauen zu können,

zum Beispiel Abbruchmaßnahmen oder Altlastenbeseitigungen etc. In Kostengruppe 300 sind die Kosten des Bauwerks und der Baukonstruktionen erfasst (von Baugrube über Außen- und Innenwände bis hin zu Decken und Dächern). Kostengruppe 400 betrifft die haustechnischen Anlagen, Kostengruppe 500 die Außenanlagen und Kostengruppe 600 die Ausstattung und Kunstwerke.

- Die verschiedenen Auftragnehmer – Architekt, Haustechniker, Tragwerksplaner, Landschaftsarchitekt – bearbeiten nicht jeweils alle Kostengruppen von 200 bis 600, sondern jeweils nur einzelne dieser Kostengruppen. Der Architekt plant die Baukonstruktion (Kostengruppe 300) und koordiniert und integriert die Beiträge der Fachplaner, z.B. Haustechnik (Kostengruppe 400), ohne die Fachplanung (Haustechnik) selbst zu planen. Der Haustechniker wiederum bearbeitet die Kostengruppe 400. Der Tragwerksplaner bearbeitet nur einzelne Teile aus den Kostengruppen 300 und 400, nämlich die für die Statik relevanten Bauteile. Der Landschaftsarchitekt schließlich plant die Freianlagen (Kostengruppe 500).

Ziff. 5.3.1 der Vertragsmuster nimmt darauf keine Rücksicht. Vielmehr erstreckt sich die Kostenobergrenze über die jeweiligen Planungsbereiche hinaus pauschal auf alle Kosten der Kostengruppen 200 bis 600 (so für Architekt, Haustechniker und Tragwerksplaner) und beim Landschaftsarchitekten auf die Kostengruppen 200, 500 und 600.

- Baukosten können aus den unterschiedlichsten Gründen steigen, auf die der Planer keinen Einfluss hat. Um nur einige Beispiele zu nennen: nicht vorhergesehene Baugrundprobleme, Altlasten, Marktentwicklungen (Preisabsprachen, Materialpreiserhöhungen, über das allgemein Vorhersehbare hinausgehende Baukostensteigerungen), Bauverzögerungen aufgrund von Witterung, Insolvenz von Baufirmen, etc.

Auf diese vielfältigen potentiellen Ursachen von Kostensteigerungen nimmt Ziff. 5.3.1 keine Rücksicht. Die Kostenobergrenze in Ziff. 5.3.1 interessiert sich nicht dafür, ob eine Kostenüberschreitung vom Auftragnehmer oder durch Umstände außerhalb seines Einflussbereiches verursacht ist.

IV.

Keine Verhandelbarkeit der Kostenobergrenze

Die Beklagte verhandelt über die Kostenobergrenze in den Vertragsmustern in aller Regel nicht. Oft präsentiert die Beklagte die Regelungen auch erst nach einem vorangegangenen Wettbewerb, indem sie den Vertragsentwurf dann im nachlaufenden

Vergabeverfahren (VOF-Verfahren) vorgibt; dann entsteht neben der allgemeinen Marktmacht der Beklagten ein zusätzlicher enormer Druck auf den Wettbewerbsteilnehmer, zum Vertrag zu kommen, denn er hat im Hinblick auf die Chance, einen Auftrag zu erringen, im Wettbewerb schon ganz erhebliche eigene Mittel eingesetzt. Hinzu kommt, dass derjenige Mitarbeiter der Beklagten, der für den Vertragsabschluss zuständig ist, nach der Lage der Dienstanweisungen gar nicht befugt ist, über diese Vertragsregelungen zu verhandeln.

Die Eurobeträge in den Leerstellen in Ziff. 5.3.1 werden mit Zahlen ausgefüllt, die die Beklagte vor Vertragsschluss einseitig vorgibt. Der eingesetzte Betrag gibt regelmäßig Brutto-Baukosten wieder.

B.

Rechtliche Würdigung

I.

Zulässigkeit

1. Zuständigkeit des Gerichts

Das angerufene Gericht ist gemäß § 6 Abs. 1 UKlaG zuständig.

Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus Ziff. 11.3 der AVB der Beklagten (Anlage zum Vertragsmuster). Demnach richtet sich der Gerichtsstand nach dem Sitz der für die Prozessvertretung der Beklagten als Auftraggeber zuständigen Stelle. Das ist das Bundesamt für Bauwesen und Raumordnung in Berlin. Das begründet die örtliche Zuständigkeit nach § 6 Abs. 1 Satz 1 UKlaG.

Zudem lässt die Beklagte - wie gerichtsbekannt sein dürfte - diverse Bundesbauten in Berlin ausführen und verwendet dabei die angegriffene Klausel. Damit ist die örtliche Zuständigkeit auch nach § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UKlaG begründet.

Die sachliche Zuständigkeit des Landgerichts ergibt sich aus § 6 Abs. 1 Satz 1 UKlaG.

2. Klagebefugnis des Klägers

Der klagende Verein ist gemäß §§ 1, 3 UKlaG klagebefugt. § 1 UKlaG begründet einen Unterlassungsanspruch gegen Verwender rechtswidriger AGB. Dieser Un-

terlassungsanspruch steht dem Kläger nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 UKlaG zu. Die Voraussetzungen der Klagebefugnis nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 UKlaG sind erfüllt. Der Kläger ist rechtsfähig durch Eintragung ins Vereinsregister. Er fördert selbstständige berufliche Interessen; darunter fallen gerade auch die professionellen Interessen freiberuflich Tätiger, also etwa Architekten (Schlosser in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2013, § 2 UKlaG Rn. 8). Der Kläger ist zudem personell, sachlich und finanziell hinreichend ausgestattet, um seine in § 2 der Satzung niedergelegten Aufgaben der Verfolgung selbständiger beruflicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen. Insbesondere verfügt der Kläger über ausreichend finanzielle Mittel, um die Prozesskosten durch drei Instanzen (einschließlich etwaiger Erstattungsansprüche der Beklagten bei Unterliegen) zu tragen.

II.

Begründetheit

Die Klage ist nach § 1 UKlaG begründet. Die Kostenobergrenze in Ziff. 5.3.1 der Vertragsmuster ist eine Allgemeine Geschäftsbedingung (AGB) (unten 1.), die die Auftragnehmer der Beklagten unangemessen benachteiligt und deshalb gemäß § 307 BGB unwirksam ist (unten 2.).

1. Kostenobergrenze als AGB

Die Kostenobergrenze in Ziff. 5.3.1 der Vertragsmuster ist eine AGB. AGB sind Klauseln, die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert und nicht individuell ausgehandelt sind (§ 305 BGB). Das ist hier der Fall. Dem steht nicht entgegen, dass die Auftragnehmer theoretisch über die Musterverträge der Beklagten verhandeln könnten und das in Einzelfällen vielleicht auch geschieht. Aufgrund des präventiven Zwecks der Verbandsklage genügt es bereits, dass der Verwender - hier die Beklagte - 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). Das tut die Beklagte laufend zum Beispiel in VOF-Verfahren.

Auch der Umstand, dass der konkrete Betrag der Kostenobergrenze in Ziff. 5.3.1 des Vertragsmusters noch offen ist und für das jeweilige Projekt eingetragen werden muss, ändert nichts an dem AGB-Charakter der Kostenobergrenze (Palandt/Grüneberg, BGB, 74. Auflage, 2015, § 305 Rn. 8 zu „ausfüllungsbedürftigen Leerräumen“). Denn es ist die Beklagte, die den Betrag im jeweiligen Einzelfall einsetzt. Häufig genug übernimmt sie den Betrag ohne Weiteres aus der Auslobungsunterlage des vorangegangenen Architektenwettbewerbs. 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. 2.). Bei dem noch einzusetzenden Betrag handelt es sich mithin um eine sogenannte unselbständige Ergänzung, die den Charakter der Regelung als AGB nicht in Frage stellt (Basesow in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2012, § 305 Rn. 15 f.).

2. Verstoß gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB: Unangemessene Benachteiligung

Die Kostenobergrenze in Ziff. 5.3.1 ist gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Die Kostenobergrenze benachteiligt die Auftragnehmer der Beklagten (dazu unten a)) in einer Weise, die entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen ist (unten b)). Im Einzelnen:

a) Benachteiligung

Eine Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB liegt vor, wenn die beanstandete Klausel die Vertragspartner des AGB-Verwenders in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht schlechter stellt, als sie ohne die Klausel stünden (Beck'scher Online Kommentar zum BGB, Ed. 36, § 307 Rn. 27). Das ist der hier Fall. Das zeigt der Vergleich der Rechtslage mit und ohne die beanstandete Klausel:

aa) Rechtslage ohne die beanstandete Klausel

Ohne Ziff. 5.3.1 richtete sich die Kostenhaftung des Auftragnehmers nach dem Gesetz. Nach der gesetzlichen Regelung haftet der Auftragnehmer bei Verschulden auf Schadensersatz wegen Kostenüberschreitungen (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB). Der Planer 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 schuldhaft verursacht oder schuldhaft nicht rechtzeitig erkennt, auf Schadensersatz.

Ohne Ziff. 5.3.1 trifft den Architekten aber keine Gewährleistungspflicht für Kostensteigerungen, die er nicht verschuldet hat. Seine Planung ist ohne Ziff. 5.3.1 mangelfrei, wenn sie selbst fehlerfrei ist. Daran änderte sich ohne Ziff. 5.3.1 nichts, wenn die Baukosten aus Gründen steigen, für die der Auftragnehmer nichts kann.

bb) Kostenobergrenze als Beschaffenheitsvereinbarung

Die Kostenobergrenze in Ziff. 5.3.1 begründet dagegen eine werkvertragliche Einstandspflicht des Auftragnehmers auf Planungsleistung zu den vereinbarten Kosten – ohne Rücksicht darauf, aus welchem Grunde die Kosten gestiegen sind. Der Auftragnehmer muss aufgrund von Ziff. 5.3.1 Gewähr leisten für die Kostenobergrenze. Das bedeutet: Der Auftragnehmer muss mit seinem Honoraranspruch und seinem Umplanungsaufwand dafür einstehen, dass die Kosten eingehalten werden; wobei sogar noch unklar bleibt, welche Kosten gemeint sind (dazu sub b)aa)(3), S. 18). Er kann seinen gesamten Honoraranspruch verlieren, wenn er das auch ohne Verschulden nicht erreicht. Diese Konsequenz der Kostenobergrenze ergibt sich aus ihrer rechtlichen Qualität als sogenannte Beschaffenheitsvereinbarung. Im Einzelnen:

Die Kostenobergrenze in Ziff. 5.3.1 ist rechtlich die Vereinbarung einer bestimmten Beschaffenheit des Werks nach § 633 Abs. 2 BGB („Beschaffenheitsvereinbarung“). Nach der Rechtsprechung setzt eine Beschaffenheitsvereinbarung voraus, dass der Vertragstext die Kostenvorgabe als verbindlich beschreibt. Das ist hier in Ziff. 5.3.1 der Vertragsmuster der Fall. Formulierungen wie die in Ziff. 5.3.1 verwendeten „dürfen nicht überschreiten“ und „Kostenobergrenze“ begründen eine Beschaffenheitsvereinbarung (BGH NZBau 2013, 386 m.w.N.).

Eine Beschaffenheitsvereinbarung definiert den werkvertraglichen Erfolg; die (Architekten-/Haustechnik-/Tragwerks-/Landschafts-)Planung 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 in Ziff. 5.3.1 der Vertragsmuster bedeutet also, dass die Leistung des Auftragnehmers mangelhaft ist. Die Beklagte hat mithin Anspruch auf Herstellung des mangelfreien Werkes (vor Abnahme) und Gewährleistungsansprüche (nach Abnahme). Diese Verpflichtungen setzen Verschulden des Auftragnehmers nicht voraus. Gewährleistung und werkvertragliche Erfüllungspflicht bedeuten, dass der Auftragnehmer auch ohne Verschulden mit seinem Honorar – im Zweifel dem gesamten Honorar – und dem Umplanungsaufwand für das Einhalten der Kostenobergrenze einstehen muss. Denn:

- Der Honoraranspruch wird erst fällig mit Abnahme. Ist die Leistung mangelhaft – weil die Kostengrenze überschritten ist, gleich aus welchem Grund – braucht der Auftraggeber die Planungsleistung nicht abzunehmen. Der Auftragnehmer hat also keinen Honoraranspruch. 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).
- Bei Überschreitung der Kostenobergrenze hat der Auftraggeber Anspruch auf Herstellung der vertraglich geschuldeten Beschaffenheit. Der Auftragnehmer muss also solange umplanen, bis die Planung die Kostenobergrenze wieder einhält – wenn das überhaupt im Rahmen der übrigen Vorgaben des Auftraggebers möglich ist. Da es sich um Leistungen zur Herstellung des geschuldeten Werkerfolgs handelt, steht dem Auftragnehmer dafür kein Umplanungshonorar zu, selbst wenn der Auftragnehmer in bereits abgeschlossene Planungsphasen zurückgehen und u.U. monatelang mit seiner gesamten Mannschaft umplanen muss. Erreicht er das Kostenziel auch nach Umplanungen nicht, gilt das soeben Gesagte: Der Honoraranspruch für sämtliche erbrachten Leistungen wird nicht fällig.

Diese Haftungsfolgen treffen den Auftragnehmer aufgrund der Kostenobergrenze als Beschaffenheitsvereinbarung auch dann, wenn er die Kostensteigerung nicht verschuldet hat. Der Auftragnehmer kann sich – anders als ohne Ziff. 5.3.1 - nicht damit verteidigen, die Kostensteigerung sei von ihm nicht verschuldet, sondern stamme aus einem von ihm nicht beherrschbaren Risikobereich.

b) Unangemessene Benachteiligung

Diese Benachteiligung der Auftragnehmer ist unangemessen. Unangemessenheit im Sinne von § 307 BGB liegt vor, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen an-

gemessenen Ausgleich zuzugestehen (stdg. Rspr., BGH NJW 2005, 1774; NJW 2010, 57). Das ist hier der Fall, wie sich aus einer Mehrzahl von Gründen ergibt:

aa) Verlagerung von Risiken außerhalb seines Einflussbereichs auf den Auftragnehmer

Die Kostenobergrenze verlagert nicht beherrschbare Risiken auf den Auftragnehmer. Es sind vor allem drei besondere, risikoe erhöhende Faktoren hervorzuheben, die dazu führen, dass der Auftragnehmer seine Leistungen nicht vereinbarungsgemäß erbringen kann, ohne auf seinen Leistungserfolg Einfluss nehmen zu können: Die Beschaffensvereinbarung schließt nämlich Kosteneinflüsse ein, die überhaupt außerhalb des Planungseinflusses liegen (dazu sub ((1))), die von anderen Planern zu bearbeiten sind (dazu sub ((2))) oder die nicht in den übertragenen Leistungsphasen bearbeitet oder beherrscht werden können (dazu sub ((3))).

Dazu im Einzelnen:

(1) Allgemeine nicht beeinflussbare Kostenrisiken

Aufgrund der Kostenobergrenze trägt der Auftragnehmer 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 Auftragnehmer 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 vorhergese-

hene 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 Auftragnehmer sie mit seiner Planung nicht beeinflussen kann; mit seiner Kostenermittlung kann der Auftragnehmer diese Risiken auch nur ungenau prognostizieren. Dennoch führt die Beschaffenheitsvereinbarung dazu, dass auch solche Kostenrisiken auf den Auftragnehmer verlagert werden; realisieren sie sich, steigen also aus diesen Gründen die Baukosten, hat der Auftragnehmer nach dem Konzept der Beschaffenheitsregelungen keine abnahmefähige Planung erbracht.

(2) Kostenrisiken in nicht bearbeiteten Kostengruppen

In den Vertragsmustern wird ein Betrag eingesetzt, der die Kostengruppen 200 bis 600 nach DIN 276 repräsentiert (bei Freianlagen: 200 und 500 bzw. 600).

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

(a) Architektenvertrag

Dieses Risiko – Kostensteigerungen in anderen Planungsbereichen – wird beim Architektenvertrag entgegen

einem landläufig verwendeten Argument nicht dadurch beherrsch- oder entscheidend beeinflussbar, dass der Architekt eine – vertraglich mehr oder weniger intensiv ausgestaltete – Koordinierungspflicht hat und daher die Leistungsbeiträge der Fachplaner (Haustechnik, Tragwerk, Freianlagen) in gewissem Umfang auch beeinflussen kann. Denn weil die Beklagte und nicht der Architekt Auftraggeber der Fachplaner ist (so die in den Vertragsmustern vorgesehene Vertragsstruktur), steht dem Architekten 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.

(b) Haustechnik und Tragwerksplanung

Das Risiko, für Kostensteigerungen aus nicht bearbeiteten Kostengruppen eintreten zu müssen, trifft auch den Haustechniker und den Tragwerksplaner. Auch in deren Vertragsmuster bezieht sich die Kostenobergrenze in Ziff. 5.3.1 auf alle Kostengruppen von 200 bis 600. Im Anschluss heißt es in Ziff. 5.3.1 dieser Vertragsmuster jeweils, der Auftragnehmer habe seine Leistung „bezogen auf die von ihm zu bearbeitenden Kostengruppen“ so zu erbringen, dass die sich auf die Kostengruppen 200 bis 600 erstreckende Kostenobergrenze eingehalten wird. Das bedeutet: Wenn es z.B. in der Kostengruppe 300 zu einer Kostensteigerung kommt, die zu einer Überschrei-

tung der Kostenobergrenze führt, dann ist auch die Planung des Haustechnikers mangelhaft und nicht abnahmefähig. Der Honoraranspruch des Haustechnikers wird nicht fällig. Der Haustechniker ist vielmehr verpflichtet, in der von ihm bearbeiteten Kostengruppe 400 solange umzuplanen und einzusparen (ohne Umplanungshonorar), bis die Kostenobergrenze insgesamt wieder eingehalten ist.

(c) Freianlagen

Das Risiko trifft auch den Landschaftsarchitekten, der die Freianlagen (Kostengruppe 500) plant. Die Kostenobergrenze in seinem Vertragsmuster erstreckt sich auf der einen Seite auf Kostengruppe 200 (Herrichten und Erschließen), und auf der anderen Seite auf Kostengruppe 600 (Ausstattung und Kunstwerke), die er beide nicht plant. Gibt es Kostensteigerungen aus diesen Kostengruppen, die zu einer Überschreitung der Kostenobergrenze insgesamt führen, dann ist wegen Ziff. 5.3.1 das Werk des Landschaftsplaners mangelhaft. Er hat keinen fälligen Honoraranspruch, sondern ist verpflichtet, in seinem Leistungsbereich (Kostengruppe 500) solange umzuplanen, bis die Kostenobergrenze wieder eingehalten ist.

(3) Kostenrisiken in nicht bearbeiteten Leistungsphasen

Weiterhin wird das Risiko des Auftragnehmers dadurch erhöht, dass es sich bei dem Vertragsmuster der Beklagten um einen sogenannten Stufen- oder Optionsvertrag handelt. Dieser Auftragstakt wird ebenfalls in den Vertragsmustern 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; der Beklagten steht es indessen frei, diese Leistungen abzurufen und auf diese Weise einen weitergehenden Vertrag herbeizuführen. Der Auftragnehmer kann also nur damit rechnen, dass diese Leistungen später beauftragt werden, er kann nicht sicher davon ausgehen.

Die Kostenobergrenze in Ziff. 5.3.1 nimmt auf diesen vorgegebenen Vertragsrhythmus keine Rücksicht. Das wirft die – in der Regelung auch nicht beantwortete – Frage auf, welche Kosten für die Beschaffenheitsprüfung nach § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB maßgeblich sind. Denn es gibt für ein Bauvorhaben mehrere, verschiedene Kostenstände, die den Ablauf der Planungsentwicklung begleiten und somit darstellen. Nach den Regelungen des Preisrechts für Planerleistungen (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 Regelung der Kostenbeschaffenheit lässt 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 Klausel gilt der Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung, also die dem Geschäftspartner des Verwenders feindlichste Auslegung (Micklitz, Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2013, § 1 UKlaG, Rn. 16). 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 der Auftragnehmer möglicherweise nicht mehr bearbeitet, 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 entstünden theoretisch keine Kostenrisiken in nicht bearbeiteten Leistungsphasen. Allerdings stimmt der Takt des stufenweise erteilten Auftrages mit dem Takt der Kostenermittlungen – Kostenschätzung zum Vorentwurf, Kostenberechnung zum Entwurf, Kostenanschlag in der Vergabephase, Kostenfeststellung nach der Bauausführung - nicht überein, so dass sich in verschiedenen

Konstellationen (beispielsweise bei der Ausführungsplanung in Leistungsphase 5) weiterhin die Frage stellt, ob eine noch gar nicht vorliegende Kostenermittlung maßgeblich sein kann für die Beurteilung der Fehlerfreiheit des Planungswerks.

bb) Keine Kompensation

Der Auftragnehmer erhält keine Kompensation für die Übernahme dieser Risiken. § 10 des Vertragsmusters sieht die Honorierung des Auftragnehmers nach den HOAI-Parametern vor. Nach der Rechtsprechung deckt das HOAI-Honorar das einmalige Erbringen der Planungsleistung ab, nicht aber die Wiederholung wesentlicher Planungsschritte. Muss der Auftragnehmer aus Gründen, die er nicht zu vertreten hat, wesentliche Planungsleistungen wiederholen, hat er Anspruch auf ein Umplanungshonorar (BGH NZBau 2007, 653; BGH BauR 2012, 975; OLG Düsseldorf BauR 2007, 1270). Die Kostenobergrenze durchbricht diesen Grundsatz. Der Auftragnehmer muss aufgrund der Kostenobergrenze bei von ihm nicht zu vertretenden Kostenüberschreitungen unentgeltlich umplanen, auch wenn das zur Wiederholung bereits erbrachter Planungsstufen führt.

cc) Wirtschaftliche Konsequenzen

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

Der Auftragnehmer kann sich davon auch nicht durch Kündigung des Planervertrages befreien. Da die Überschreitung der als Beschaffenheit vereinbarten Kostenobergrenze einen Mangel der Planungsleistung darstellt, wäre die Kündigung unberechtigt mit der Folge, dass der Beklagten Schadensersatzansprüche für die Mehrkosten (Verzögerungsschäden, Mehrkosten der Beauftragung eines Dritten) zustehen. Solche Ansprüche sind nicht von der Berufshaftpflichtversicherung des Planers erfasst und bedeuten in der Regel seinen Ruin.

dd) Früher Zeitpunkt der Beschaffensvereinbarung

Das Vertragsmuster sieht die Vereinbarung der Kostenobergrenze mit Vertragsschluss vor. 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 naturgemäß noch nicht treffen. Allein aus diesem Grund ist die Beschaffensvereinbarung in Ziff. 5.3.1 unwirksam (Koeble in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage 2014, Rn. 797).

ee) Unmöglichkeit

Selbst wenn sich herausstellt, dass es unmöglich ist, die Kostenobergrenze in Anbetracht der übrigen vertraglichen Vorgaben der Beklagten (z.B. Flächen, Raumprogramm, technische Anforderungen etc.) einzuhalten, hilft das dem Auftragnehmer nicht. Seine Leistung ist trotzdem mangelhaft mit der Folge, dass sein Honoraranspruch nicht fällig wird. Denn nach der Rechtsprechung kann sich etwa der Architekt im Falle einer Beschaffensvereinbarung nicht darauf berufen, dass es unmöglich sei, das vorgegebene Raumprogramm zu den vereinbarten Kosten einzuhalten (BGH ZfBR 2003, 357). Der Auftragnehmer muss sich an seinem vertraglichen Versprechen festhalten lassen (Koenen in: Beck'scher Online-Kommentar VOB/B, August 2014, § 13 Rn. 9). Diesen Mechanismus setzt die Beklagte hier durch Ziff. 5.3.1 ihrer einseitig vorgegebenen Vertragsmuster durch.

ff) Marktmacht der Beklagten

Der Auftragnehmer hat in der Regel keine Verhandlungsmacht, die Kostenobergrenze im Vertrag zu beeinflussen oder heraus zu verhandeln. Die öffentliche Hand ist der größte einzelne Auftraggeber im Markt. Für das konkrete Projekt hat sie sogar eine Monopolstellung, während der Planer mit anderen Planern um den Auftrag konkurriert. De facto hat der Planer 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 Planer schon erheblichen Aufwand mit der Akquisition betrieben hat, in dem er sich an einem vorangegangenen Wettbewerb beteiligt hat.

Erst im nachlaufenden VOF-Verfahren gibt die Beklagte dann den Vertragsentwurf vor.

gg) Kosteninteresse der Beklagten

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

3. Verstoß gegen das Transparenzgebot

Die Kostenobergrenze in Ziff. 5.3.1 verstößt zudem gegen das AGB-rechtliche Transparenzgebot. Gemäß § 307 Abs. 1 S. 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass die Klausel nicht klar und verständlich ist. Das ist hier der Fall.

„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 Ziff. 5.3.1 als intransparent einzustufen. Die gravierenden rechtlichen und wirtschaftlichen Konsequenzen der Kostenobergrenze werden in Ziff. 5.3.1 nicht beim Namen genannt. Die Honorar- und Umplanungsfolgen für den Auftragnehmer 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 am Ende des Bauvorhabens festgestellten Kosten, gleich-

gültig wie weit der Auftragnehmer beauftragt wurde. Jeder unbedarfte Auftragnehmer wird nach einfacher Lektüre der Klausel annehmen, maßgeblich für die vertragliche Beschaffenheit seien die von ihm für seine eigenen Leistungen zu ermittelnden Kosten (in den Kostenermittlungsarten der DIN 276; Kostenschätzung für den Vorentwurf, Kostenberechnung für den Entwurf, Kostenanschlag für die Vergabeleistungen und Kostenfeststellung am Ende des Vorhabens).

Diese Intransparenz ist als unangemessene Benachteiligung zu qualifizieren. Denn diese Intransparenz trägt dazu bei, dass die potenziellen Auftragnehmer der Beklagten davon abgehalten werden, vor Vertragsschluss über die Kostenobergrenze zu verhandeln. Die Beklagte suggeriert gerne, der Auftragnehmer übernehme mit der Kostenobergrenze lediglich ein Risiko, das für ihn steuer- und beherrschbar ist. Das ist aber gerade nicht zutreffend; der Auftragnehmer muss aufgrund der Kostenobergrenze auch für Kostenentwicklungen außerhalb seines Einflussbereichs eintreten (mit seinem Honorar und Umplanungsaufwand).

III.

Konstruktive Bemerkung

Dem Kläger ist wichtig festzuhalten, dass seine Mitglieder sich nicht dagegen wehren, als Planer die wirtschaftlichen Interessen und Ziele ihrer Auftraggeber verantwortlich zu verfolgen und zu vertreten. Den Mitgliedern des Klägers geht es um eine faire Verteilung der mit Blick auf die Baukosten in einem Planungs- und anschließenden Bauvorgang liegenden Risiken. Wir haben dargestellt, dass alleine wegen dieser Risikoverteilung die angegriffene Klausel unwirksam ist. Aber angemessene Klauseln, die auf die Risiken des Bauens Rücksicht nehmen und die Verantwortung des Planers für die wirtschaftliche Seite seiner Leistungen festhalten, sind richtig und geben das professionelle Leistungsverständnis der Mitglieder des Klägers richtig wieder. Den Mitgliedern des Klägers geht es nicht darum, ihre Kostenverantwortung zu negieren; es geht ihnen darum, diese Verantwortung übernehmen zu können und ihr gerecht werden zu können.

Eine ausgewogene Regelung muss daher mindestens folgendes berücksichtigen. Sie muss

- auf der Grundlage belastbarer Planungsgrundlagen getroffen werden,
- vom Auftragnehmer nicht verschuldete Kostensteigerungen ausnehmen,

- die originäre Planungsverantwortung – für die vom Auftragnehmer 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 Auftragnehmer seine Pflichten erfüllt hat;
- den Umgang mit Einsparvorschlägen regeln,
- Netto-Beträge verwenden, auch wenn die öffentliche Hand Auftraggeber ist, die nicht vorsteuerabzugsberechtigt ist.

IV.

Zur Streitwertangabe

Der Streitwert ist bei Klagen gegen AGB nach § 1, 3 UKlaG niedrig anzusetzen, um potentiellen Klägern die Scheu vor dem Kostenrisiko zu nehmen. In der Rechtsprechung wird daher in der Regel ein Streitwert von 3.000 € je angegriffener AGB-Klausel angenommen (Palandt/Bassenge, BGB, 74. Auflage, 2015, § 5 UKlaG Rn. 14). Bei Klagen von Vereinen im Sinne des § 3 UKlaG 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).

Hier geht es um eine Klausel mit grundlegender Bedeutung für die Planungsbranche. Wir geben als vorläufigen Streitwert daher 10.000 € an.

Wir bitten, den Gerichtskostenvorschuss unmittelbar vom Kläger anzufordern.

Beglaubigte Abschrift anbei

Carl-Stephan Schweer
Rechtsanwalt

Valentin Todorow
Rechtsanwalt