

Raue LLP Potsdamer Platz 1 10785 Berlin

Landgericht Berlin  
Littenstraße 12 - 17  
10179 Berlin

**Vorab per Telefax: 90 23-22 23**

**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

**In dem Rechtsstreit  
fairtrag e.V.  
g e g e n  
Bundesrepublik Deutschland  
- 16 O 379/15 -**

**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: 24. März 2016  
Unser Zeichen: 1941-14 | VTO/tkr/frCS

replizieren wir und gliedern wie folgt:

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.*

**Inhaltsverzeichnis**

A. Zum Sachverhalt..... 3

    I. Finanzielle und organisatorische Ausstattung des Klägers..... 3

    II. Die Beklagte ..... 4

B. Rechtliche Würdigung ..... 5

    I. Klagebefugnis des Klägers ..... 7

    II. AGB-rechtliche Kontrollfähigkeit der angegriffenen Klauseln ..... 7

        1. Nur *essentialia negotii* sind kontrollfrei..... 7

        2. Baukostenobergrenzen als Beschaffenheitsvereinbarung gehören nicht zu den *essentialia negotii* ..... 8

            a) Planervertrag kommt auch ohne Kostenobergrenze wirksam zustande ..... 8

            b) Zu den Argumenten der Beklagten..... 9

            c) Kostenobergrenze als Beschaffenheitsvereinbarung geht inhaltlich weit über bloße Leistungsbeschreibung hinaus ..... 11

    III. Unwirksamkeit der Klauseln ..... 11

        1. Zum Vergleichsmaßstab: Rechtslage mit und ohne die angegriffenen Klauseln ..... 12

            a) Beschaffenheitsvereinbarung setzt zweiseitige Vereinbarung voraus..... 12

            b) Zu den Kostenermittlungspflichten nach DIN und HOAI ..... 13

            c) Einseitige Kostenvorgabe vs. Beschaffenheitsvereinbarung ..... 14

            d) Faire Vertragsverhandlungen ..... 15

            e) Wirkung der angegriffenen Klauseln: Promotion der Baukosten zum Bestandteil der werkvertraglichen Erfolgspflicht ..... 15

        2. Risikoverlagerung auf den Planer ..... 16

            a) Grundsatz: Erfolgshaftung ohne Verschulden. Nur in engen Ausnahmefällen: Enthaftung durch Bedenkenhinweis ..... 16

            b) Risiko von keiner Partei zu verantwortender Kostensteigerungen ..... 18

                aa) Änderungen der anerkannten Regeln der Technik ..... 19

                bb) Fehlerhafte Herstellerangaben ..... 20

                cc) Änderung von Auflagen und gesetzlichen Anforderungen ..... 20

                dd) Verzögerungen während der Bauphase ..... 21

                ee) Fehlerhafte Baustoffe ..... 22

                ff) Materialpreise..... 23

                gg) Submissionsabsprachen ..... 23

                hh) Zwischenergebnis ..... 24

c) Zur Formulierung „ <i>seine Leistungen so zu erbringen, dass...</i> “ in Ziff. 5.3.1 .....	24
d) Kostenrisiken in nicht bearbeiteten Kostengruppen .....	26
aa) Architektenvertrag .....	27
bb) Fachplaner .....	28
e) Übersicht: Rechtslage ohne/mit Ziff. 5.3 .....	29
f) Unangemessene Benachteiligung .....	30
aa) Wirkung der Beschaffensvereinbarung: Promotion der Baukosten zum Bestandteil der werkvertraglichen Erfolgspflicht des Planers .....	30
bb) Wirtschaftliche Konsequenzen für den Planer .....	31
cc) Keine Kompensation .....	31
dd) Kosteninteresse der Beklagten rechtfertigt keine Risikoverlagerung auf den Planer .....	32
3. Verstoß gegen das Transparenzgebot .....	34

## A.

### Zum Sachverhalt

#### I.

### Finanzielle und organisatorische Ausstattung des Klägers

Die Beklagte bestreitet die hinreichende Ausstattung des Klägers. Dazu tragen wir vor:

Der Kläger hat am 23. Juni 2015 eine Mitgliederversammlung abgehalten. Die Einladung zur Mitgliederversammlung fügen wir bei als **Anlage K 16** und das Protokoll der Mitgliederversammlung als **Anlage K 17**. In der Mitgliederversammlung haben die Mitglieder des Klägers die Finanzierung des Klageverfahrens gegen die Beklagte durch eine Sonderumlage beschlossen. Die Höhe der Sonderumlage zwischen 100 € und 2.000 € je Mitglied ist gestaffelt nach Bürogröße. Der Beschluss ergibt sich aus S. 3 f. (Beschlussvorlage) und S. 6 (Abstimmungsergebnis) des Protokolls. Außerdem fügen wir bei die E-Mails des Vorstandsvorsitzenden an die Mitglieder vom 23. Juni 2015 und 26. Juni 2015 mit der Übersendung des Protokolls und der Bitte um die Zahlung der beschlossenen Sonderumlage als **Anlagen K 18** und **K 19**.

Auf dieser Grundlage haben die Vereinsmitglieder die Sonderumlage an den Kläger überwiesen. Der Kontostand vom 16. März 2016 weist einen Kontostand von 238.093,93 € (**Anlage K 20**) aus.

Der Kläger hat mittlerweile 263 Planungsbüros als Mitglieder. Die aktuelle Mitgliederliste fügen wir als **Anlage K 21** bei.

Die Geschäftsführung des Klägers liegt in den Händen des BDA e.V., der ebenfalls Mitglied des Klägers ist. Beim BDA e.V. führen der Geschäftsführer des BDA, Herr Dr. Thomas Welter, und Frau Irene Wulff die Geschäftsstelle des Klägers. Herr Dr. Welter und Frau Wulff verwalten den Mitgliederbestand, registrieren Ein- und Austritte, verwalten die Finanzen, Zahlungsein- und -ausgänge, Spenden, etc., kurzum: Sie führen die tägliche Verwaltung eines Vereins.

**Beweis:** Zeugnis Dr. Thomas Welter und Frau Irene Wulff, beide zu laden über fairtrag e.V., Köpenicker Str. 48/49, 10179 Berlin

Die Prozessbevollmächtigten des Klägers haben vor der Gründung des Klägers ein Memorandum zu den angegriffenen Klauseln verfasst. Das erfolgte auf Bitte späterer Gründungsmitglieder des Klägers, die verständlicherweise vor Gründung des Vereins die Erfolgsaussichten des Vorhabens prüfen ließen. Von der Bemerkung des Prozessbevollmächtigten der Beklagten, die Klage diene „eher den Marketing-Interessen des Prozessbevollmächtigten des Klägers als den tatsächlichen Interessen seiner Mitglieder“, ist das offensichtliche zu halten.

*Colorandi causa* fügen wir bei die Pressemitteilung (**Anlage K 22**) des Klägers vom 17. September 2015 über die Klageerhebung sowie die Artikel des Architekturkritikers Falk Jäger aus der Zeitschrift German-Architects (**Anlage K 23**) und im Tagesspiegel vom 8. Februar 2016 (**Anlage K 24**).

## II.

### Die Beklagte

Die Beklagte stellt ihre Marktstellung etwas verschämt dar. In Wahrheit ist die öffentliche Hand mit riesigem Abstand der größte Auftraggeber von Planungs- und Bauleistungen in Deutschland. Die Beklagte selbst ist die Spitze der öffentlichen Hand. Sie tritt selbst als Auftraggeber auf und gibt die angegriffenen Vertragsmuster heraus. Wenn sie die Auftraggeber-Rolle teils an andere Stellen der öffentlichen Hand delegiert (z.B. an die BIMA), lässt sie auch diese Stellen die angegriffenen Vertragsmuster verwenden. Die Länder orientieren sich ebenfalls daran, ebenso wie Kommunen, kommunale Unternehmen, Kirchen usw.

**B.**  
**Rechtliche Würdigung**

Neben der fehlenden Klagebefugnis wendet die Beklagte zur Rettung ihrer Klauseln inhaltlich zweierlei ein: Einerseits seien sie nicht rechtlich nachprüfbar; sie seien gleichsam Beschreibungen der Architektenleistung, und diese Beschreibungen seien kontrollfrei. Im Übrigen veränderten sie die Rechtslage ja gar nicht und seien daher auch nicht zu beanstanden.

Die Klagebefugnis steht außer Zweifel. Die inhaltliche Argumentation der Beklagten ist erstaunlich.

**Nachprüfbarkeit**

Die Beklagte tut so, als könnten Architektenleistungen ohne die beanstandete Klausel gar nicht bestimmt werden. Daher sei die Klausel ein *essential*, ohne dass der Vertrag gar nicht wirksam geschlossen werden könne. Um das zu belegen, gibt die Beklagte Beispiele für Kostenvereinbarungen. Ja, und? Natürlich gibt es die. Und fügt an: Wenn es sie nicht gäbe, gäbe es aber doch ohnehin (was zutrifft) die Kostenvorgaben des Auftraggebers. Den entscheidenden Unterschied zwischen der (einseitigen) Vorgabe und der (per AGB erreichten) Vereinbarung einer Beschaffenheit verwischt die Beklagte dabei absichtsvoll (wie in anderem Zusammenhang auch, dazu werden wir ausführen). Die schon in der Literatur sehr kunstvoll aufgetürmte Ausdifferenzierung eines Beschaffenheitsbegriffs und Bestimmtheitsfragen sind reichlich irrelevant für die Praxis und ändern nichts daran: Ein Architektenvertrag ist auch wirksam, wenn die Kosten zum Beispiel nur vorgegeben (nicht vereinbart) oder wenn sie erst im Zuge der Planung festgelegt werden. So ist es nämlich fast immer. Die Parteien ermitteln im Zuge der Planung, wie weitergeplant werden soll. So stellt es sich auch die Neuregelung in § 650o BGB-RegE vor. Dafür werden zum Beispiel mit dem Vorentwurf Budgets vorgelegt und abgestimmt. Übrigens entspricht genau dies dem Leitbild der HOAI und den technischen Regelungen (vor allem DIN), auf die sich die Beklagte für den Zeitpunkt der Vereinbarung bezieht, der besonders zu beanstanden ist: Denn gerade die DIN sieht erst sukzessive Verfeinerung der Kostenermittlungen vor. Die Rechtsprechung zieht um die ersten Kostenermittlungen (Schätzung, Berechnung) noch weite Toleranzräume. All dies ist nicht vereinbar mit der Vorstellung, man könne von Beginn an nur planen, wenn die Kosten fest vereinbart sind. Und nicht mit der Argumentation, ein Vertrag sei ohne eine solche Vereinbarung unwirksam. (Übrigens schreibt es die Beklagte selbst, wenn sie auf Blatt 17 zunächst ausführlich Rechtsprechung zur „nachvertraglichen“ Vereinbarung anführt - warum gab es dann dort keine Bedenken gegen die Bestimmtheit des ursprünglichen Vertrages? - und dann [freilich nicht ganz zutreffend] ausführt, wie die Dinge liegen, wenn keine Kosten vereinbart wurden.)

## Keine Änderung der Rechtslage?

Im Rahmen der Beurteilung der Klauseln tut die Beklagte so, als gäben sie die Rechtslage wieder, veränderten sie nicht und seien schon daher nicht zu beanstanden. Die Beklagte hätte die Klage unter Protest gegen die Kostenlast anerkennen können, wenn das so wäre. Die Beklagte weiß genau, dass dies nicht zutrifft. Sie verwendet die Klauseln absichtsvoll. Für die Rechtfertigung im Rahmen dieser Klage benutzt sie drei Kniffe:

- Sie verwischt den Unterschied zwischen einseitigen Kostenvorgaben und Kostenvereinbarungen.

Aber es ist notwendig, rechtlich genau zu differenzieren. Bei einseitigen Kostenvorgaben hängt die Einstandspflicht vom Verschulden des Planers ab; mit der Vereinbarung soll der Vertragspartner eine verschuldensunabhängige Erfolgshaftung übernehmen. Indem die angegriffene Klausel die im Zuge der Planung erst noch genauer zu ermittelnden und verfolgenden Kosten schon zu Beginn (wenn es die Planung noch nicht gibt) zu einer Vereinbarung macht, ändert die Beklagte die Einstandspflicht kategorisch.

- Sie will glauben machen, ihre vier „Korrektivtatbestände“ lösten die unzumutbar nachteiligen Rechtsfolgen der Kostenbeschaffensvereinbarung.

Aber diese Korrektivatbestände, zu denen das erforderliche zu sagen ist, betreffen einen Bruchteil der Risiken, die die Baukosten beeinflussen (können). Ganz wesentliche Risiken lassen sich so nicht beherrschen, vor allem das vollständig unbeeinflussbare Regulierungs- und Marktrisiko.

- Und sie streut immer wieder die Wertung ein, ein Auftraggeber müsse doch Kosten vorgeben können, es könne vom Planer nicht ernsthaft beansprucht werden, das Budget zu definieren, gerade die öffentliche Hand brauche Haushaltssicherheit und derlei mehr.

Diese Wertung trifft zu. Der Auftraggeber muss dem Planer Budgets mitteilen und auch vorgeben können; der Planer muss seine Planung daran ausrichten. Aber diese Notwendigkeit rechtfertigt nicht, den Planer mittels einer AGB in die Vereinbarung zu zwingen, mit der er ohne Verschulden für ein Budget einstehen muss. Denn die Notwendigkeit besteht nicht; der Auftraggeber kann immer einseitige Kostenvorgaben machen, die der Planer auch beachten muss.

Außerdem bleiben Individualvereinbarungen unbenommen, wenn sie ausgewogen sind. Wann immer solche Verhandlungen geführt werden, führen sie auch zu guten, umsetzbaren Ergebnissen für beide Seiten; dann werden stets diejenigen Punkte behandelt und in die Vereinbarung aufgenommen, die wir in der Klage auf Seite 22 („Konstruktive Bemerkung“) angesprochen haben.

Zu dem allem im Einzelnen:

**I.**

**Klagebefugnis des Klägers**

Der Kläger ist klagebefugt. Er ist personell, sachlich und finanziell hinreichend ausgestattet, um seine in § 2 der Satzung niedergelegten Aufgaben tatsächlich wahrzunehmen. Insbesondere verfügt der Kläger aufgrund der von den Mitgliedern gezahlten Sonderumlage in Höhe von mittlerweile über 230.000,00 € über allemal ausreichend finanzielle Mittel, um alle Prozesskosten durch drei Instanzen (einschließlich etwaiger Erstattungsansprüche der Beklagten bei Unterliegen) zu tragen.

**II.**

**AGB-rechtliche Kontrollfähigkeit der angegriffenen Klauseln**

Die Beklagte meint, die angegriffenen Klauseln seien als reine Leistungsbeschreibungen der AGB-Kontrolle entzogen. Das ist falsch. Kontrollfrei sind nur solche Leistungsbeschreibungen, die *essentialia negotii* bilden und ohne die der Vertrag mangels hinreichender Bestimmtheit unwirksam wäre. Dazu zählen Kostenobergrenzen als Beschaffensvereinbarung nicht. Im Einzelnen:

**1. Nur *essentialia negotii* sind kontrollfrei**

Der BGH betont in seiner ständigen Rechtsprechung, dass ausschließlich der sehr enge Bereich der *essentialia negotii* eines Vertrages von der Kontrolle nach §§ 307 ff. BGB ausgenommen ist. Demnach sind Leistungsbeschreibungen, die ausschließlich Art, Umfang und Güte der geschuldeten Leistungen festlegen, einer Kontrolle am Maßstab der §§ 307 ff. BGB entzogen. Klauseln hingegen, die das Hauptleistungsversprechen einschränken, verändern, ausgestalten oder modifizieren, sind kontrollfähig. Damit bleibt für die der Kontrolle entzogene Leistungsbeschreibung nur der enge Bereich der Leistungsbezeichnungen, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann (BGH, Urteil vom 9.4.2014 - VIII ZR 404/12, NJW 2014, 2269; BGH, Urteil vom 12.03.2014 - IV ZR 295/13, NJW 2014, 1658 jeweils mit weiteren Nachweisen).

Der BGH legt den Begriff der Leistungsbeschreibung somit explizit eng aus. Kontrollfrei sind nur die *essentialia negotii* des jeweiligen Vertrages. Maßgeblich ist folgende Kontrollüberlegung: Entfiele die fragliche Klausel, wäre der jeweilige Gegenstand der Hauptleistung nicht mehr hinreichend bestimmt und der Vertrag somit unwirksam. So kann z.B. ein Stromlieferungsvertrag, in dem nicht geregelt ist, welchen Leistungsfaktor der einzuspeisende Strom hat, mangels hinreichender Bestimmtheit nicht wirksam sein; diese Regelung ist mithin der Inhaltskontrolle entzogen (BGH, Urteil vom 6. April 2011 - VIII ZR 31/09).

## **2. Baukostenobergrenzen als Beschaffenheitsvereinbarung gehören nicht zu den *essentialia negotii***

Eine Baukostenobergrenze als Beschaffenheitsvereinbarung gehört indes nicht zu den *essentialia negotii* des Planervertrages.

### **a) Planervertrag kommt auch ohne Kostenobergrenze wirksam zustande**

Planerverträge kommen auch ohne Kostenobergrenze wirksam zustande. Der BGH hat dazu beim Architektenvertrag wie folgt ausgeführt (BGH, Urteil vom 21. März 2013 - VII ZR 230/11 -, BGHZ 197, 93-100):

*„Es ist das Wesen des Architektenvertrags, dass nicht alle Planungsvorgaben bereits beim Abschluss des Vertrages feststehen, sondern erst im Laufe des Planungsprozesses entwickelt und zum Vertragsinhalt werden. Zu solchen im Laufe des Planungsprozesses zu entwickelnden Planungsdetails gehören auch die Kostenvorstellungen des Auftraggebers hinsichtlich der Errichtung des Bauwerks, wenn sie nicht bereits bei Abschluss des Vertrags zum Ausdruck gebracht worden sind.“*

Bereits zuvor hatte sich das Oberlandesgericht Schleswig in einem Beschluss (Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 23. Oktober 2012 - 1 U 8/12 -, juris) in ähnlicher Weise geäußert:

*„Anders als das Landgericht geht der Senat davon aus, dass die Parteien eine Kostenobergrenze vereinbart haben. Eine Kostenobergrenze kann nämlich auch konkludent neben einem schriftlichen Architektenvertrag vereinbart werden.“*

Ein Architektenvertrag ist demnach auch dann wirksam zustande gekommen ist, wenn keine Kostenobergrenze als Beschaffenheit des Planerwerks vereinbart ist oder der Vertrag überhaupt keine Angaben zu den Kostenvorstellungen des Auftraggebers enthält. Die Kostenvorstellungen des Auftraggebers können auch erst nach Vertragsschluss geklärt werden. Kostenobergrenzen als Beschaffenheit können neben dem Vertrag oder - wie die Beklagte auf Seite 17 der Klageerwiderung selbst einräumt - erst nach Vertragsschluss, oder auch überhaupt nicht vereinbart werden. All das berührt die Wirksamkeit des Planervertrages nicht.

So ist auch hier. Ziffer 5.3.1 könnte aus jedem der Vertragsmuster gestrichen werden, ohne dass dies zur Unbestimmtheit der Hauptleistungspflicht und damit zur Unwirksamkeit des Vertrages führte. Um die Aufgabe der Architekten und Fachplaner hinreichend zu bestimmen, bedarf es keiner Baukostenobergrenze. Sie ergibt sich vielmehr aus den sonstigen vertraglichen Angaben darüber, welche Art von Baumaßnahme auf welchem Grundstück bzw. an welchem Gebäude Gegenstand der Planung ist.

#### **b) Zu den Argumenten der Beklagten**

Die Argumente der Beklagten zur angeblichen Kontrollfreiheit der angegriffenen Klauseln sind nicht tragfähig:

- Die Beklagte beruft sich auf eine Entscheidung des BGH zur Unbestimmtheit des Architektenvertrages (BGH, Urteil vom 23.04.2015 - Aktenzeichen VII ZR 131/13). Das liegt neben der Sache. Dort ging es um etwas ganz anderes: Die Architektin war von Beginn an mit den Leistungsphasen 1 - 9 in Bezug auf Erweiterung, Umbau, Modernisierung sowie Instandsetzung/Instandhaltung von vier Altbauhäusern beauftragt worden, obwohl bei Vertragsschluss noch unklar war, ob und an welchen Gebäuden überhaupt welche Bauarbeiten durchgeführt und also von der Architektin geplant werden sollten. Der BGH urteilte, dass der geschlossene Architektenvertrag hinsichtlich der Leistungsphasen 2 - 9 zu unbestimmt war. Mit Kostenobergrenzen als Beschaffenheitsvereinbarung hat das erkennbar nichts zu tun.

- Die Beklagte beruft sich auf die Stellung der Klauseln in den Vertragsmustern im Abschnitt „Projektziele“. Aber daraus lässt sich für eine Kontrollfreiheit nichts herleiten. Dahinstehen kann auch, ob diese Bezeichnung wirklich synonym mit dem Begriff „Leistungsziel“ in § 3 Abs. 2 HOAI 2009 zu verstehen ist. Kontrollfrei sind nur reine Leistungsbeschreibungen, die zu den *essentialia negotii* gehören, ohne die der Vertrag nicht wirksam wäre. Die Stellung der Kostenobergrenze im Vertragstext und Begrifflichkeiten der HOAI sind dafür irrelevant.

Übrigens der Vollständigkeit halber, und weil die Zitatpraxis der Beklagten oft etwas ärgerlich irreführend ist: Die auf S. 15 angeführte Entscheidung des BGH vom 21. Januar 1998 hat hiermit nichts zu tun und führt nicht weiter, erst recht nicht für die Beklagte. Da geht es um die Frage, ob trotz § 4 HOAI a.F. während der Planung wirksame Honorarvereinbarungen getroffen werden können. Denn die Vereinbarungen konnten ja nur „bei Auftragserteilung“ wirksam getroffen werden. Der BGH entschied: Bei unverändertem Leistungsziel ist eine neue Honorarvereinbarung nicht möglich. Was hat das hiermit zu tun?

- Die Beklagte argumentiert, bei Werkverträgen gehöre die Leistungspflicht des Werkunternehmers immer zu den wesentlichen Vertragsinhalten (S. 15 Klageerwiderung). Mit dem Zitat des OLG Zweibrücken geht die Beklagte wiederum leichtfertig um; die Entscheidung tut hier nichts zur Sache. Da ging es um einen Bauvertrag, bei dem die Parteien übersehen hatten, sich über die Errichtung des Untergeschosses zu einigen, auf dem das Haus dann stehen sollte. Was soll das hier sagen? Die Leistungspflicht des Architekten ergibt sich daraus, dass er eine Planung schuldet, die er herstellen muss. Das ist eine Selbstverständlichkeit ohne jeden Erkenntnisgewinn für die hier entscheidende Frage, ob - *quod non* - die Vereinbarung einer Kostenobergrenze notwendig ist, um die Leistungspflicht des Werkunternehmers zu definieren. Auch ohne Vereinbarung einer Kostenbeschaffenheit kann ein Planer wirksam beauftragt werden. Da fehlt kein „Untergeschoss“.

**c) Kostenobergrenze als Beschaffenheitsvereinbarung geht inhaltlich weit über bloße Leistungsbeschreibung hinaus**

Entscheidend ist: Die Baukostenobergrenze in Ziff. 5.3.1 der Vertragsmuster verändert das Hauptleistungsversprechen des Planers. Ihr Regelungsgehalt geht weit über eine bloße Leistungsbeschreibung hinaus:

- Die Baukostenobergrenze als Beschaffenheitsvereinbarung promoviert die Baukosten zum Bestandteil der werkvertraglichen Erfolgspflicht des Planers; dadurch verlagert sie die Risiken unverschuldeter Kostensteigerungen auf den Planer (dazu unten III.).
- Die Kostenobergrenze in Ziff. 5.3.1 beschränkt sich nicht auf den jeweiligen Gegenstand der Planung, sondern bezieht sich auf das gesamte Bauvorhaben (Kostengruppen 200 bis 600). Dadurch erweitert die Klausel das auf den Planer übertragene Risiko noch zusätzlich.

Die Beschaffenheitsvereinbarung in Ziff. 5.3.1 bewirkt mithin eine Risikoverlagerung von der einen Vertragspartei auf die andere. Das ist eine eminent inhaltliche Regelung, die in AGB der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB unterliegt.

### **III.**

#### **Unwirksamkeit der Klauseln**

Die Beklagte meint, die angegriffenen Klauseln stellten keine unzumutbare Benachteiligung der Planer nach § 307 BGB dar. Das stützt sie auf drei Einwände:

- Eine Kostenobergrenze als Beschaffenheitsvereinbarung sei gar nichts Besonderes. In jedem individuell ausgehandelten Planervertrag gelte ohnehin das gleiche. Sobald der Auftraggeber bei Vertragsschluss oder nachträglich Kostenvorgaben mache, handele es sich stets um eine Kostenobergrenze als Beschaffenheitsvereinbarung (dazu unten 1.).
- Die Kostenobergrenze als Beschaffenheitsvereinbarung bedeute keine unzumutbare Risikoverlagerung auf den Planer. Denn der Planer sei ausreichend geschützt durch Prüf- und Hinweisobliegenheiten als „Korrektive“ (dazu unten 2.).
- Schließlich sei die Klausel hinreichend klar und verständlich und verstoße nicht gegen das Transparenzgebot (dazu unten 3.).

Die Einwände sind nicht tragfähig. Im Einzelnen:

## **1. Zum Vergleichsmaßstab: Rechtslage mit und ohne die angegriffenen Klauseln**

Die Beklagte stellt über viele Seiten in der Klageerwiderung die vermeintliche Rechtslage ohne die angegriffenen Klauseln dar. Dabei unterstellt die Beklagte kurzerhand, den Planer treffe auch ohne die angegriffenen Klauseln eine werkvertragliche Erfolgspflicht für die Baukosten. Das ist falsch.

Eine Beschaffenheitsvereinbarung setzt eine zweiseitige Vereinbarung voraus; eine einseitige Vorgabe des Bauherrn genügt nicht, wenn der Planer ihr nicht ausdrücklich oder konkludent zustimmt (dazu unten a). Daran ändern die von der Beklagten angeführten Regeln in DIN und HOAI nichts (dazu unten b.). Die Beklagte verwischt den grundlegenden Unterschied zwischen einseitiger Kostenvorgabe und Beschaffenheitsvereinbarung (dazu unten c.). In fairen Vertragsverhandlungen über die Kostenvorgabe könnte der Planer sich dagegen wehren, eine werkvertragliche Erfolgspflicht für die Baukosten zu übernehmen; eben das schneidet die Beklagte durch die AGB ab (dazu unten d). Die entscheidende Wirkung der angegriffenen Klauseln ist also: Sie begründen eine werkvertragliche Erfolgspflicht des Planers für die Baukosten, die es ohne die angegriffenen Klauseln nicht gäbe (dazu unten e). Im Einzelnen:

### **a) Beschaffenheitsvereinbarung setzt zweiseitige Vereinbarung voraus**

Die Beklagte suggeriert, die Baukosten seien immer Beschaffenheitsvereinbarung, wenn der Bauherr dem Planer einseitig eine Kostenvorgabe mache. Das ist erkennbar nicht zutreffend. Es gelten die allgemeinen rechtsgeschäftlichen Regeln des BGB:

Eine Beschaffenheitsvereinbarung nach § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB setzt eine Vereinbarung zwischen den Parteien voraus, also zwei übereinstimmende Willenserklärungen. Das ist bei Beschaffenheitsvereinbarungen in Planerverträgen nicht anders als sonst. Einseitige Vorstellungen des Auftraggebers, die nicht Gegenstand der zweiseitigen Vereinbarung werden, begründen also keine Beschaffenheitsvereinbarung (OLG Saarbrücken, Urteil vom 6. Juli 2011 - 1 U 408/09). Eine Beschaffenheitsvereinbarung setzt immer eine zustimmende Willenserklärung des Auftragnehmers voraus, sei es konkludent oder ausdrücklich. Eine konkludente Vereinbarung mag je nach Lage des Falles bereits dann vorliegen, wenn der Bauherr eine Kostenvorgabe macht und der Planer nicht widerspricht. Das ändert aber nichts

am rechtlichen Grundsatz: Eine Beschaffensvereinbarung setzt nach allgemeinen rechtsgeschäftlichen Grundsätzen eine zweiseitige Vereinbarung, also zwei übereinstimmende Willenserklärungen - ausdrücklich oder konkludent - voraus.

Daraus folgt: Wenn der Planer der Kostenvorgabe widerspricht oder klarstellt, dass er trotz Kostenvorgabe keine werkvertragliche Erfolgspflicht für die Baukosten übernimmt, dann kommt keine Beschaffensvereinbarung zustande. Die von der Beklagten zitierten BGH-Entscheidungen ergeben nichts anderes.

Das gleiche gilt selbstverständlich nach Vertragsschluss. Auch nachträgliche Kostenvorgaben des Bauherrn werden nur dann vereinbarte Beschaffenheit des Planerwerks, wenn der Planer dem ausdrücklich oder konkludent zustimmt. Andernfalls bleibt es bei der einseitigen Vorgabe.

## **b) Zu den Kostenermittlungspflichten nach DIN und HOAI**

Die Beklagte zitiert etwas umständlich aus den Regelungen der DIN und HOAI zu Kostenermittlungen und Kostenvorgaben. Das liegt bei genauer Betrachtung alles neben der Sache. Aus DIN und HOAI folgen Selbstverständlichkeiten, um die es hier nicht geht: Der Planer muss die Kostenvorgaben des Bauherrn eruieren und die Kostenermittlungen nach dem Schema der DIN aufstellen; der Bauherr darf Kostenvorgaben machen. All das ist richtig, spielt hier aber keine Rolle; welche Schlüsse daraus für die angebliche Unbestimmtheit von Planungsleistungen ohne Kostenvereinbarung gezogen werden dürfen, haben wir schon vorgetragen.

Aber was die Beklagte übrigens zum Zeitpunkt der Kostenermittlungen (S. 19) vortragen lässt, soll offenbar wirklich in die Irre führen. Die Beklagte meint, die HOAI (das Preisrecht!) setze voraus, dass der Auftraggeber Kostenvorgaben ganz zu Beginn der Planung machen können müsse. Und der durch die Regeln der Technik beschriebene Planungsablauf sei auch so. Das ist falsch. Die Regeln der DIN zeigen die sich immer weiter verfeinernden Kostenermittlungen. Man kann den Vorbemerkungen der DIN (zu den Begriffen und zu den Grundsätzen der Kostenplanung) entnehmen, wie sich die technischen Regelungen den Planungsablauf vorstellen. Kostenermittlungen sind nämlich ein Teil der „Kostenplanung“, und das zeigt: Auch Kosten werden geplant, nicht festgesetzt. Die verschiedenen Stufen der Kostenermittlung gehören jeweils zu den genauer bezeichneten Planungsphasen der HOAI. So steht die Kostenschätzung z.B. am Ende der

Vorplanung (Leistungsphase 2). Weil die Kostenschätzung nach der DIN nur bis zur ersten Ebene der Kostengliederung erstellt werden muss, ist sie noch notwendig ungenau. Der Bundesgerichtshof hat immer wieder entschieden, dass der Architekt für seine das Vorhaben begleitenden Kostenermittlungen gewisse Toleranzen in Anspruch nehmen kann, weil die in den Ermittlungen enthaltenen Prognosen von unvermeidbaren Unsicherheiten und Unwägbarkeiten abhängen (BGH, Urteil vom 23. Januar 1997, BauR 1997, 494). Die Toleranzen für die Kostenschätzung liegen bei 25 bis 30 %. Dieser Toleranzraum verengt sich bei den späteren Kostenermittlungen. Aber all das zeigt: Es liegt quer zum wirklichen Ablauf der Planung, vor einer mindestens überschlägigen planerischen Lösung der Aufgabe Kosten als werkvertragliche Beschaffenheit des Planerwerks festzuschreiben.

### c) **Einseitige Kostenvorgabe vs. Beschaffenheitsvereinbarung**

Der entscheidende Punkt ist: Einseitige Kostenvorgaben des Bauherrn und Beschaffenheitsvereinbarung sind rechtlich zwei grundverschiedene Dinge:

- Eine einseitige Kostenvorgabe begründet keine werkvertragliche Erfolgspflicht des Planers für die Baukosten. Wohlgermerkt: Auch eine einseitige Kostenvorgabe des Bauherrn muss der Planer natürlich beachten. Sie begründet aber lediglich eine Schadensersatzpflicht des Planers, wenn er schuldhaft gegen die Kostenvorgabe verstößt. Der Planer darf also nicht schuldhaft an der Kostenvorgabe „vorbeiplanen“, schuldhaft Kostenermittlungen falsch aufstellen oder es schuldhaft unterlassen, rechtzeitig auf Kostensteigerungen hinzuweisen. Aber den Planer trifft keine verschuldensunabhängige werkvertragliche Einstandspflicht für die Baukosten. Seine Planung ist mangelfrei, wenn die Kosten aus Gründen überschritten werden, die der Planer nicht verschuldet hat.
- Eine kategorisch schärfere Einstandspflicht begründet die Beschaffenheitsvereinbarung. Denn sie macht die Baukosten zum Bestandteil der verschuldensunabhängigen werkvertraglichen Erfolgspflicht des Planers. Die Leistung des Planers ist mithin mangelhaft, wenn die vereinbarten Baukosten überschritten sind, unabhängig davon, ob den Planer ein Verschulden trifft.

**d) Faire Vertragsverhandlungen**

In fairen Vertragsverhandlungen zu Ziffer 5.3.1 der Vertragsmuster könnte der Planer der Kostenobergrenze als Beschaffenheitsvereinbarung widersprechen. Zur Begründung würde er anführen, dass die Baukosten von diversen, bei Vertragsschluss nicht absehbaren Umständen abhängen, die der Planer nicht beherrschen kann. Deshalb könne er keine verschuldensunabhängige werkvertragliche Erfolgspflicht für die Kosten übernehmen. In fairen Vertragsverhandlungen würden verständige Vertragsparteien dann über die Punkte verhandeln, die wir in der Klageschrift als „Konstruktive Bemerkung“ auf Seite 22 f. aufgeführt haben.

All das schlägt die Beklagte den Planern per AGB aus der Hand. Unstreitig verhandelt sie nicht über Ziffer 5.3.1 der Vertragsmuster. Die Beklagte stellt den Planer vor die Wahl „friss oder stirb“: Entweder der Planer akzeptiert die in Ziffer 5.3.1 per AGB vorgegebene Beschaffenheitsvereinbarung und damit die verschuldensunabhängige werkvertragliche Erfolgspflicht für die Baukosten, oder er muss von dem Auftrag Abstand nehmen.

**e) Wirkung der angegriffenen Klauseln: Promotion der Baukosten zum Bestandteil der werkvertraglichen Erfolgspflicht**

Fazit: Die Rechtslage ohne die angegriffenen Klauseln unterscheidet sich kategorial von der Rechtslage mit den angegriffenen Klauseln:

- Ohne Kostenobergrenze als Beschaffenheitsvereinbarung nach § 633 Abs. 2 BGB haftet der Planer für Kostenüberschreitungen nur bei Verschulden. Der Planer haftet auf Schadensersatz, wenn er eine Kostenüberschreitung schuldhaft verursacht oder schuldhaft nicht rechtzeitig bemerkt hat. Im Wege des Schadensersatzes ist er verpflichtet, den Schaden durch kostenlose Umplanung zu beseitigen, also die Kosten wieder ins Budget zu bringen. Außerdem haftet er für die Folgeschäden. Bei Aufrechnung mit diesen kann er seinen Honoraranspruch verlieren.

Aber die Schadensersatzhaftung scheidet gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB aus, wenn der Planer die Kostenüberschreitung nicht zu vertreten hat. Trifft den Planer kein Verschulden an der Kostenüberschreitung, behält er seinen Honoraranspruch für die erbrachten Leistungen und schuldet Umplanungen nur gegen Vergütung des Umplanungsaufwandes.

- Ist dagegen eine bestimmte Bausumme als Beschaffenheit vereinbart, muss der Planer diese als werkvertragliche Erfolgspflicht einhalten. Eine Überschreitung ist ein Sachmangel (BGH NJW-RR 2003, 877).

Die Beschaffenheitsvereinbarung verändert die Haftung des Planers also kategorial. Aufgrund der Beschaffenheitsvereinbarung gehören die Kosten zur werkvertraglichen Erfolgspflicht des Planers. Der Planer haftet mithin bei Kostenüberschreitungen auf Erfüllung (vor Abnahme) und Gewährleistung (nach Abnahme). Das bedeutet: Der Planer muss bei Kostenüberschreitungen kostenlos umplanen. Außerdem wird sein Honoraranspruch für die bis zur Umplanung erbrachten Leistungen nicht fällig, solange die Kostenüberschreitung besteht. Das gilt grundsätzlich unabhängig von Ursache und Verschulden. Mit anderen Worten: der Planer muss infolge der Beschaffenheitsvereinbarung mit seinem Umplanungsaufwand und seinem Honoraranspruch dafür einstehen, dass die Baukosten eingehalten werden.

## 2. Risikoverlagerung auf den Planer

Die Beklagte meint, Ziff. 5.3.1 bedeute keine unzumutbare Benachteiligung des Planers. Denn der Planer sei durch Prüf- und Hinweispflichten geschützt. Der Planer hafte angeblich nur dann auf Gewährleistung, wenn er seine Prüf- und Hinweispflichten verletzt habe. Der Planer müsse lediglich seine Prüf- und Hinweispflichten erfüllen und Kostenüberschreitungen rechtzeitig anzeigen; dann treffe ihn keine Gewährleistungspflicht. Wenn der Planer seine Prüf- und Hinweispflicht unverschuldet nicht erfüllen konnte, entfalle die Gewährleistung. Diese „Korrektive“ schützten den Planer vor unverschuldeter Einstandspflicht. Der Sache nach suggeriert die Beklagte, ohne Verschulden treffe den Planer keine Einstandspflicht für die Kosten.

Damit stellt die Beklagte die werkvertragliche Erfolgshaftung und das System der Mängelgewährleistung auf den Kopf. Die Ansicht der Beklagten ist rechtsirrig. Das ergibt sich aus folgendem:

### a) **Grundsatz: Erfolgshaftung ohne Verschulden. Nur in engen Ausnahmefällen: Enthftung durch Bedenkenhinweis**

Der Werkunternehmer hat für einen Mangel grundsätzlich unabhängig von der Ursache und unabhängig von einem Verschulden einzustehen. Das ist allgemeine Meinung in Rechtsprechung und Literatur. Wir zitieren beispiel-

haft aus der Kommentierung von Voit im Beck'schen Online-Kommentar (37. Edition, § 633 Rdnr. 18):

*„Der Unternehmer sagt im Werkvertrag die Erreichung eines Erfolges zu. Wird dieser wegen eines Mangels des Werks nicht oder nicht in vollem Umfange erreicht, so ist der Werkvertrag nicht ordnungsgemäß erfüllt. Dabei kommt es auf den Grund des Werkmangels nicht an (Palandt/Sprau, Rdnr. 4). Weder wird Vertretenmüssen des Unternehmers vorausgesetzt (...), noch kommt es bei Verursachung des Mangels durch Dritte darauf an, ob das Verhalten dieser Person dem Unternehmer zuzurechnen ist. Auch Einflüsse aus der Sphäre des Bestellers entlasten den Unternehmer im Grundsatz nicht (Palandt/Sprau Rdnr. 4). Diese Wertung beruht auf der Eigenverantwortung des Unternehmers, der selbst entscheidet, auf welche Weise er den geschuldeten Erfolg erreicht, welche Materialien er dazu verwendet und wessen Hilfe er sich dabei bedient.“*

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt nur dort, wo die Ursache des Mangels aus dem ureigenen Verantwortungsbereich des Bestellers stammt. Nur dann kann sich der Werkunternehmer von der Gewährleistung befreien, indem er Bedenken anmeldet (Kober in: Beck-Online Großkommentar, Stand 1. September 2015, § 634 Rdnr. 206):

*„Der Unternehmer wird aber ausnahmsweise bei einem Mangel seines Werks, der auf verbindlichen Vorgaben des Bestellers oder von diesem gelieferten Stoffen oder Bauteilen oder Vorleistungen anderer Unternehmer beruht, von der Haftung befreit, wenn der Unternehmer seiner Prüfungs- und Hinweispflicht genügt und er dem Besteller seine Bedenken wegen evtl. Mängelrisiken mitteilt. Diese Haftungsbefreiung tritt auch dann ein, wenn der Unternehmer bei der gebotenen Prüfung dieser Vorgaben deren Fehlerhaftigkeit nicht erkennen konnte.“*

Diese Ausnahme - Haftungsbefreiung durch Bedenkenanmeldung - gilt nur in drei eng begrenzten Ausnahmefällen, in denen die Mangelursache dem Besteller zuzurechnen ist. Das sind die drei Ausnahmefälle:

- Verbindliche Vorgaben des Bestellers,
- vom Besteller gelieferter Stoff,
- Vorleistung anderer Unternehmer.

Nur in diesen Fällen können die von der Beklagten behaupteten „Korrektive“ greifen. Außerhalb dieser drei Fälle bleibt es bei dem Grundsatz: Der Werkunternehmer haftet für Mängel seines Werks unabhängig von Ursache und Verschulden und ohne die Möglichkeit, sich durch Bedenkenhinweise von der Haftung zu befreien. Die von der Beklagten angeführten „Korrektive“ helfen dann nichts.

**b) Risiko von keiner Partei zu verantwortender Kostensteigerungen**

Übertragen auf den Planervertrag folgt daraus: Den Planer trifft aufgrund der Beschaffenheitsvereinbarung nach Ziff. 5.3.1 das Risiko von Kostensteigerungen, die weder er zu vertreten hat noch dem Verantwortungsbereich der Beklagten zuzurechnen sind. Diesem Risiko kann der Planer niemals durch Bedenkenhinweise oder unverschuldetes Unterlassen derselben begegnen. Denn die Enthftung durch Bedenkenhinweise greift nur im Verantwortungsbereich der Beklagten, also in den drei Fällen: verbindliche Anordnung des Bestellers / vom Besteller gelieferter Stoff / Fehler Vorunternehmer.

Bei allen anderen Ursachen von Kostensteigerungen, die gerade auch der Planer nicht beeinflussen kann, greift uneingeschränkt und ohne Befreiungsmöglichkeit die werkvertragliche Erfolgshaftung. Der Planer muss mithin mit seinem Honoraranspruch und seinem Umplanungsaufwand für die von ihm nicht zu verantwortende Kostenüberschreitung eintreten.

Diese Ursachen von Kostenüberschreitungen sind mannigfaltig: Änderungen der anerkannten Regeln der Technik, fehlerhafte Herstellerangaben, Fehler von Baustoffen, schärfere Behördenauflagen oder Umweltschutzvorgaben, Materialpreise, Wettereinflüsse auf der Baustelle, sonstige Verzögerungen auf der Baustelle etc..

Wir stellen diese Risiken beispielhaft dar:

**aa) Änderungen der anerkannten Regeln der Technik**

Planungs- und Bauvorhaben dauern oft mehrere Jahre. In dieser Zeit können sich die anerkannten Regeln der Technik ändern, was oft zu höheren Kosten führt. Die angegriffenen Klauseln verlagern dieses Risiko auf den Planer. Denn Änderungen der technischen Regelwerke im Zeitraum vor der Abnahme des Werks - bei den Planerleistungen also bis Abschluss der Leistung, z.B. am Ende der Leistungsphase 8 (Objekt- und Bauüberwachung) - ändern nichts an der Erfolgsverpflichtung und Gewährleistungshaftung des Werkunternehmers. Das hat der BGH ausdrücklich festgestellt (BGH NZBau 2006, 112):

*„Die von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit abweichende Leistung des Unternehmers ist auch dann mangelhaft, wenn ihn kein Verschulden trifft, etwa weil die Ausführung den für diese Zeit anerkannten Regeln der Technik entspricht ...“*

Dem Planer hilft es auch nichts, dass er die Änderungen des technischen Regelwerks und die dadurch bedingte Kostensteigerung nicht vorhersehen konnte. Noch einmal der BGH (a.a.O. Rdnr. 11).

*„Das Berufungsgericht hat (...) allein darauf abgestellt, dass die Klägerin etwaige Mängel des von ihr eingebauten Systems nicht erkennen musste. Darauf kommt es nicht an. (...) Inwieweit ein Mangel des Werks vorliegt, hängt nicht davon ab, ob der Unternehmer aufgrund der ihm zugänglichen fachlichen Informationen darauf vertrauen konnte, dass die vertraglich vereinbarte Beschaffenheit durch seine Leistung erfüllt wird. Die davon abweichende Leistung des Unternehmers ist auch dann mangelhaft, wenn ihn kein Verschulden trifft, etwas weil die Ausführung den für diese Zeit anerkannten Regeln der Technik entspricht (BGH NZBau 2002, 611) ...“*

Eine ausnahmsweise Enthftung durch Bedenkenhinweis (oder schuldloses Unterlassen eines solchen Hinweises) scheidet von vornherein aus. Denn es handelt sich nicht um eine dem Besteller zuzurechnende Mangelursache; das sind allein bindende Vorgaben,

vom Besteller gelieferte Stoffe oder Vorleistungen anderer Unternehmer. Die von der Beklagten behaupteten „Korrektive“ helfen hier also nichts.

**bb) Fehlerhafte Herstellerangaben**

Der Planer ist bei der Planung der zu verbauenden Baustoffe und bei den Kostenermittlungen vielfach auf Herstellerangaben angewiesen. Diese können sich als fehlerhaft erweisen. Das kann wiederum zu Kostensteigerungen gegenüber den vom Planer ermittelten Kosten führen. Auch dieses Risiko verlagern die angegriffenen Klauseln auf den Planer. Auch hierzu führt die eben zitierte Entscheidung des BGH aus (NZBau 2006, 112):

*„Die von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit abweichende Leistung des Unternehmers ist auch dann mangelhaft, wenn ihn kein Verschulden trifft, etwa (...) weil er nach allgemeinem Fachwissen auf Herstellerangaben und sonstige Informationen vertrauen konnte.“*

Eine Enthftung durch Bedenkenhinweis oder Nicht-Erkennbarkeit des Fehlers scheidet auch hier von vornherein aus. Es handelt sich bei den fehlerhaften Herstellerangaben nicht um eine Mangelursache aus dem Verantwortungsbereich des Bestellers. Die von der Beklagten behaupteten „Korrektive“ greifen nicht.

**cc) Änderung von Auflagen und gesetzlichen Anforderungen**

Während der Planungs- und Bauzeit kann es zu Änderungen der behördlichen und gesetzlichen Anforderungen an das Gebäude kommen. Auch das kann zu Kostensteigerungen und Überschreiten der vereinbarten Kosten führen. Auch dieses Risiko verlagern die angegriffenen Klauseln auf den Planer. Denn der regulatorische Rahmen gehört zum werkvertraglichen Erfolgsrisiko des Werkunternehmers. Dazu zitieren wir aus dem Kommentar Staudinger (Peters/Jacoby in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2014, § 633 Rdnr. 190):

*„Die Mangelfreiheit des Werkes muss bei der Abnahme gegeben sein. Der Besteller kann diese verweigern, wenn Mängel vorliegen. Er behält dann seinen ursprünglichen Erfüllungsanspruch mit seiner Sanktionierung durch die §§ 281, 323. Unerheblich ist es, wenn aus der Sicht des Zeitpunktes des Vertragsschlusses ein mangelfreies Werk zu erwarten war. Der Unternehmer trägt namentlich das preisliche Risiko, dass es zwischenzeitlich zu schärferen Vorgaben z.B. des Umweltschutzes kommt.“*

Auch hier scheidet eine Enthftung durch Bedenkenhinweis oder schuldlose Unmöglichkeit eines solchen Hinweises von vornherein aus. Die von der Beklagten behaupteten „Korrektive“ greifen nicht. Denn es handelt sich nicht um Vorgaben des Bestellers / vom Besteller gelieferte Stoffe / Fehler Vorunternehmer, also nicht um Mängelursachen, die dem Verantwortungsbereich des Bestellers zuzurechnen sind.

#### **dd) Verzögerungen während der Bauphase**

Die Bauphase ist in erheblichem Umfange störungsanfällig, etwa durch Wettereinflüsse oder Insolvenzen von bauausführenden Unternehmen. Die dadurch eintretenden Verzögerungen führen naturgemäß oft zu Kostensteigerungen. Auch dieses Risiko verlagern die angegriffenen Klauseln auf den Planer. Denn den Werkunternehmer trifft das Risiko, dass Verzögerungen des Baus zu Mängeln seiner Leistung führen. Das hat der BGH ausdrücklich festgestellt (BGH Urteil vom 30. Juni 1977, VII ZR 325/74):

*„Wird die Fertigstellung eines Werks durch Umstände verzögert, die weder der Auftraggeber noch der Auftragnehmer zu vertreten hat, und wird das Werk dadurch mangelhaft, so hat der Auftragnehmer die Gefahr zu tragen.“*

Wiederum scheidet eine ausnahmsweise Enthftung durch Bedenkenhinweis oder schuldlose Unmöglichkeit eines solchen von vornherein aus. Der BGH hat das klargestellt (a.a.O.):

*„VOB/B § 13 Nr. 3 ist auf einen derartigen Fall nicht entsprechend anwendbar.“*

§ 13 Nr. 3 VOB/B regelt beim VOB-Bauvertrag die ausnahmsweise Enthftung des Unternehmers durch Bedenkenhinweis bei Vorgaben des Bestellers, von diesem gelieferten Stoff und Vorunternehmerleistungen.

Übertragen auf den Planervertrag bedeutet das: Aufgrund der angegriffenen Klauseln muss der Planer bei bauverzögerungsbedingten Kostensteigerungen kostenlos umplanen, um die Kosten wieder ins Budget zu bringen. Außerdem wird sein Honoraranspruch für die bis zur Umplanung erbrachten Leistungen nicht fällig, solange die vereinbarten Kosten nicht eingehalten sind. Und erneut gilt: Die von der Beklagten behaupteten „Korrektive“ greifen nicht. Denn es handelt sich nicht um Störungen aus dem Verantwortungsbereich des Auftraggebers.

#### **ee) Fehlerhafte Baustoffe**

Baustoffe können unerkannt fehlerhaft sein. Taucht der Fehler auf, führt das zu Kostensteigerungen. Auch dieses Risiko verlagern die angegriffenen Klauseln auf den Planer. Bei den Baustoffen handelt es sich in aller Regel nicht um einen „vom Besteller vorgegebenen Stoff“; der Planer plant ja regelmäßig die Art und Verwendung der Baustoffe. Der Planer kann sich also nicht durch Bedenkenhinweis oder schuldlose Unmöglichkeit desselben enthaften. Das bedeutet: Infolge der angegriffenen Klausel muss der Planer mit seinem Umplanungsaufwand und seinem Honoraranspruch eintreten, wenn sich Kostensteigerungen aufgrund unerkannt fehlerhafter Bauprodukte einstellen.

Diese Grundsätze gelten selbst dann, wenn ausnahmsweise einmal die Beklagte selbst die Baustoffe im Wege einer bindenden Anordnung vorgibt. Denn bei genereller Eignung der Vorgabe trifft das „Ausreißer“-Risiko weiterhin den Werkunternehmer. Das hat der BGH ausdrücklich festgestellt (BGH NJW 1996, 2372):

*„Die für den Werkvertrag typische Einstandspflicht des Auftragnehmers für einen trotz generelle Eignung des Stoffes im Einzelfall auftretenden Fehler - „Ausreißer“ - wird durch eine Anordnung des Auftraggebers, die eine an sich geeignete Art des zu verwendenden Stoffes vorsieht, nicht aufgehoben.“*

Die von der Beklagten behaupteten „Korrektive“ greifen also auch in diesem Fall nicht.

**ff) Materialpreise**

in der Zeit bis zur Abnahme können die Materialpreise steigen und die vereinbarten Kosten deshalb überschritten werden. Die Abnahme der Planerleistung erfolgt gemäß § 640 BGB bei Abschluss der Leistungen - also je nach Leistungsumfang am Ende der Planungszeit oder nach Fertigstellung des Baus (bei Übertragung der Leistungsphase 8). Materialpreise unterliegen unterdessen immer wieder unvorhergesehenen Schwankungen und Steigerungen. Die angegriffenen Klauseln verlagern das Materialpreiserisiko auf den Planer (Staudinger a.a.O., § 633 Rdnr. 190):

*„Die Mangelfreiheit des Werks muss bei der Abnahme gegeben sein. Der Unternehmer trägt namentlich das preisliche Risiko, dass es zwischenzeitlich zu schärferen Vorgaben ... kommt.“*

Das gilt für alle Einflüsse auf Materialpreise.

Die angegriffenen Klauseln erstrecken die werkvertragliche Erfolgspflicht des Planers auf die Baukosten. Aufgrund der angegriffenen Klauseln muss der Planer also mit seinem Umplanungsaufwand und seinem Honoraranspruch für unvorhersehbare Materialpreissteigerungen eintreten. Die von der Beklagten behaupteten „Veränderungen“ ändern daran nichts. Denn die Materialpreise fallen nicht in den Verantwortungsbereich des Bestellers.

**gg) Submissionsabsprachen**

Im Baugewerbe kommt es immer wieder zu - wenn auch oft nicht nachweisbaren - Submissionsabsprachen der bietenden Baufirmen. In einem solchen Fall liegt das Ergebnis der Preisabfrage nach der Ausschreibung (HOAI Leistungsphase 6) über der vorherigen - zutreffend ermittelten - Kostenberechnung des Planers, in der die vereinbarten Kosten noch eingehalten waren.

Auch dieses Risiko verlagern die angegriffenen Klauseln auf den Planer. Denn der Planer muss nun zur Kosteneinsparung umplanen, bis die Kosten wieder „im Budget sind“ und die Bauleistungen doch noch im Rahmen der Kostenobergrenze vergeben werden können. Solan-

ge das nicht der Fall ist, ist der Honoraranspruch des Planers wegen Überschreitung der vereinbarten Kosten nicht fällig. Und der Aufwand für die Umplanung bleibt unvergütet. Die von der Beklagten behaupteten „Korrektive“ ändern daran nichts. Denn Submissionsabsprachen von Baufirmen fallen nicht in den Verantwortungsbereich des Bestellers.

#### hh) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist deshalb festzuhalten: Die angegriffenen Klauseln zwingen den Planer dazu, seine werkvertragliche Erfolgspflicht auf die Baukosten zu erstrecken, obwohl zwischen Vertragsabschluss und Abnahme der Leistungen diverse Faktoren die Kosten nach oben treiben können, die der Planer nicht beherrschen kann. Die von der Beklagten behaupteten „Korrektive“ helfen dem Planer in all den eben genannten Fällen nichts. Deshalb stellt Koeble völlig zutreffend fest (Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage, Rdnr. 779):

*„... enthält sie [die Kostenobergrenze als Beschaffenheitsvereinbarung im Vertragsmuster der öffentlichen Hand] auch eine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers, weil dieser zum Zeitpunkt des Abschlusses eines Vertrages nicht in der Lage ist, für die Gesamtbaukosten der Höhe nach einzustehen.“*

#### c) Zur Formulierung **„seine Leistungen so zu erbringen, dass...“** in Ziff. 5.3.1

Die Beklagte meint, die Auslegung der angegriffenen Klauseln ergebe, dass der Planer nicht für von ihm unverschuldete Kostensteigerungen einstehen müsse. Die Beklagte stützt sich dafür auf den Satz in Ziffer 5.3.1 in dem Muster-Architektenvertrag (Anlage K 5):

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

bzw. auf den Satz in den Vertragsmustern technische Ausrüstung (K 6), Tragwerksplanung (K 7) und Freianlagen (K 8):

*„Der Auftragnehmer hat seine Leistung bezogen auf die von ihm zu bearbeitenden Kostengruppen so zu erbringen, dass diese Kostenobergrenze eingehalten wird.“*

Die Beklagte argumentiert, aus der Formulierung „*seine Leistungen*“ bzw. „*bezogen auf seine Leistung*“ folge, dass der Planer für unverschuldete Kostensteigerungen nicht einstehen müsse. Denn er habe ja „*seine Leistungen*“ so erbracht wie geschuldet.

Das ist rechtsirrig. Ein Verschuldenserfordernis steht in den eben zitierten Sätzen gerade nicht. Vielmehr hat der Planer „*seine Leistungen*“ dann nicht mangelfrei erbracht, wenn die Kostenobergrenze - gleich aus welchem Grund - überschritten ist. Das ergibt sich aus den eben dargestellten allgemeinen werkvertraglichen Grundsätzen.

Für die Ursachen der Kostensteigerung interessiert sich Ziff. 5.3.1 nicht. Wenn die Beklagte die Erfolgsverpflichtung des Planers für die Kosten abweichend von den allgemeinen werkvertraglichen Grundsätzen bei fehlendem Verschulden einschränken wollte, dann müsste die Klausel das regeln. Es müsste also in der Klausel z.B. heißen:

*„Der Auftragnehmer erbringt seine Leistungen auch dann mangelfrei, wenn die Kostenobergrenze aus Gründen überschritten wird, die der Auftragnehmer nicht verschuldet hat.“*

Ein solcher Satz fehlt aber bezeichnenderweise in den angegriffenen Klauseln.

Hinzu kommt ein systematisches Argument: Ziffer 10.12 der Vertragsmuster regelt ein Malus-Honorar bei Überschreitung der Kostenobergrenze. Dieses Malus-Honorar fällt nach Ziffer 10.12 ausdrücklich dann nicht an, „*wenn der Auftragnehmer die Überschreitung nicht zu vertreten hat.*“ Diese Regelung fehlt in Ziffer 5.3.1. Der Vergleich zu Ziffer 10.12 zeigt mithin: Wenn die Beklagte die Einstandspflicht des Auftragnehmers einschränken will, indem sie die Einstandspflicht unter die Voraussetzung des Vertretenmüssens stellt, dann regelt sie das in dem Vertragsmuster ausdrücklich. So geschehen in Ziffer 10.12. Im systematischen Umkehrschluss folgt daraus: Ohne diesen Zusatz trifft den Auftragnehmer die werkvertragliche Erfolgspflicht für die Baukosten auch ohne Vertretenmüssen der Kostenüberschreitung. So ist es geregelt in Ziffer 5.3.1.

Die Formulierung in Ziff. 5.3.1 - „seine Leistungen“ - betont demnach nur noch einmal die Umplanungspflicht des Planers. Denn wenn die Gesamtkostenobergrenze nach Satz 1 der Ziff. 5.3.1 - gleich aus welchen Gründen - nicht eingehalten ist, dann hat der Planer keine mangelfreie Leistung erbracht, sondern muss nach Satz 3 weiterhin *„seine Leistungen so erbringen, dass die Kostenobergrenze eingehalten wird“* - sprich: umplanen.

Schließlich vorsorglich: Im Rahmen der abstrakt-generellen Prüfung der Klauseln gilt der Grundsatz der kundenfeindlichsten Auslegung, also die dem Geschäftspartner des Verwenders, also hier die dem Planer ungünstigste Auslegung. Selbst wenn also - wie nicht - Zweifel an der Reichweite der Risikoverlagerung durch Ziff. 5.3.1 blieben, gilt die kundenfeindlichste Auslegungsvariante als Maßstab für die Klauselkontrolle. Bei kundenfeindlichster Auslegung von Ziff. 5.3.1 ist allemal davon auszugehen, dass den Planer die Risiken unverschuldeter Kostensteigerungen treffen sollen.

**d) Kostenrisiken in nicht bearbeiteten Kostengruppen**

Die Beklagte meint, die Beschaffenheitsvereinbarung nach Ziff. 5.3.1 führe nicht dazu, dass der jeweilige Planer für Kostensteigerungen außerhalb der von ihm selbst bearbeiteten Kostengruppen eintreten müsse. Der Planer sei nach den Grundsätzen der „Blockheizkraftwerk-Entscheidung“ des BGH durch die Prüf- und Hinweisobliegenheiten geschützt. Wenn der Planer auf Kostensteigerungen aus anderen Kostengruppen hinweise oder schuldlos nicht habe hinweisen können, dann werde er von der Gewährleistungshaftung für die vereinbarte Kostenobergrenze frei.

Auch diese Argumentation der Beklagten ist rechtsirrig. Die abstrakte Interpretation der „Blockheizkraftwerk-Entscheidung“ führt nicht weiter. Vorrangig ist die Auslegung der Klauseln. Denn die Frage, welche Vertragspartei die Risiken von Leistungsstörungen - hier Kostensteigerungen aus anderen Kostengruppen - zu tragen hat, richtet sich in erster Linie nach der vertraglichen Risikozuordnung (Nicklisch/Walck, VOB/B, 3. Auflage 2001, Einleitg. §§ 4-13, Rdnr. 7; Kuffer, NZBau 2006, 1, 5f.). Die vertragliche Risikozuordnung ist durch Auslegung zu ermitteln.

Die Auslegung der Beschaffenheitsvereinbarung in Ziff. 5.3.1 der Vertragsmuster ergibt, dass auch die Risiken von Kostensteigerungen aus nicht bearbeiteten Kostengruppen dem Auftragnehmer zugeordnet werden. Das gilt sowohl für das Vertragsmuster Architektenverträge als auch für die

Vertragsmuster der Fachplaner (Haustechnik, Tragwerk, Landschaftsplanung). Im Einzelnen:

**aa) Architektenvertrag**

Die Beklagte selbst gibt mit sogenannten „Hinweisen zum Vertrag Objektplanung“ eine interne Auslegungshilfe für das Vertragsmuster Architektenvertrag (anbei als **Anlage K 25**). Die Beschaffenheitsvereinbarung 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 Erfolgshaftung des Architekten auch in Bezug auf diese Kostengruppen ausreichen. Das zeigt, dass der Architekt mit der Beschaffenheitsvereinbarung nach Ziff. 5.3.1 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 Bauherrn angesprochen sein. Diese stehen nach der im Vertragsmuster zugrunde gelegten Projektstruktur in einem Vertragsverhältnis (und damit einem „Verantwortungsverhältnis“) zum Bauherren, nicht zum Architekten.

Die Auslegung von Ziff. 5.3.1 ergibt daher, dass auch Kostenrisiken aus anderen Kostengruppen umfassend auf den Architekten verlagert werden.

**bb) Fachplaner**

Auch die Fachplaner (Haustechnik, Tragwerk, Landschaft) müssen nach Ziff. 5.3.1 der jeweiligen Vertragsmuster für Kostensteigerungen aus von ihnen nicht bearbeiteten Kostengruppen eintreten. Das ergibt die Auslegung dieser Verträge:

Satz 1 in Ziffer 5.3.1 der Vertragsmuster beschränkt die Erfolgsverpflichtung der Planer gerade nicht auf die jeweils bearbeiteten Kostengruppen. Vielmehr erstrecken sich die vereinbarten Kosten auf die gesamten Kostengruppen „200 bis 600“ (Haustechnik und Tragwerkplanung) bzw. „200, 500 und ggf. 600“ (Freianlagen). Damit erfasst die Kostenverantwortung nach Satz 1 ausdrücklich auch die Kostengruppen, die der jeweiligen Planer nicht bearbeitet.

Hinzu kommt: Ziffer 5.3.1 bildet keine Teil-Budgets für die einzelnen Kostengruppen. Der jeweilige Planer soll also die Gesamtkostenverantwortung für alle in Ziff. 5.3.1 genannten Kostengruppen tragen. Anders wäre es nur dann, wenn es in Ziff. 5.3.1 z.B. hieße:

*„Auf die vom Auftragnehmer bearbeiteten Kosten entfällt ein Teilbudget von ... €. Der Auftragnehmer muss seine Leistungen so erbringen, dass dieses Teilbudget eingehalten wird.“*

Eine solche Regelung fehlt aber in Ziff. 5.3.1.

Wenn die Gesamt-Baukosten der in Satz 1 von Ziff. 5.3.1 genannten Kostengruppen überschritten sind, greift die Umplanungsverantwortung nach Satz 3: Der Planer hat weiterhin *„seine Leistung bezogen auf die von ihm zu bearbeitenden Kostengruppen so zu erbringen, dass diese Kostenobergrenze eingehalten wird“* - sprich: er muss umplanen. Der jeweilige Planer muss also, wenn die Beklagte das verlangt, in den von ihm bearbeiteten Kostengruppen einsparen und umplanen, bis die Gesamt-Kosten wieder eingehalten sind. Gegen diese Leistungspflicht aus Ziff. 5.3.1 Satz 3 kann der Planer nicht einwenden, dass die Ursache der Kostensteigerung in einer von ihm nicht bearbeiteten Kostengruppe liegt. Denn Satz 3 beschreibt die Leistungspflicht zur Umplanung unabhängig davon, in welcher der in Satz 1 genannten Kostengruppen die Ursache der Kostensteigerung liegt.

Auch hier ergibt also die Auslegung: Die Leistung des jeweiligen Planers ist mangelhaft, wenn die in Ziff. 5.3.1. Satz 1 vorgegebenen Gesamtkosten nicht eingehalten sind. Der Planer muss ohne Vergütung in seinen Kostengruppen umplanen. Der Planer kann sich davon nicht befreien, indem er auf die Kostensteigerung hinweist oder zu einem früheren Zeitpunkt schuldlos nicht darauf hinweisen konnte.

**e) Übersicht: Rechtslage ohne/mit Ziff. 5.3**

Zusammenfassend zeigt folgende Tabelle die Rechtslage ohne und mit den angegriffenen Klauseln:

Ursache der Kostenüberschreitung	Rechtslage ohne Ziff. 5.3	Rechtslage mit Ziff. 5.3	greifen die von der Beklagten behaupteten „Korrektive 1-4“?
Änderung der anerkannten Regeln der Technik zwischen Vertragsschluss und Abnahme	keine werkvertragliche Erfolgspflicht  nur Schadenersatz  ohne Verschulden: keine kostenlose Umplanungspflicht. Honoraranspruch bleibt unberührt	werkvertragliche Erfolgspflicht für die vereinbarten Kosten (vor Abnahme) /Gewährleistung (nach Abnahme)  ohne Verschulden: Planer muss kostenlos umplanen; Honoraranspruch wird nicht fällig	Nein. Denn keine Vorgaben des Bestellers/kein vom Besteller gelieferte Stoff/keine Vorleistung anderer Unternehmer
Schärfere behördliche oder gesetzliche Anforderungen (z.B. Umweltschutz)			
Fehlerhafte Herstellerangaben			
Fehlerhafte Baustoffe			
Verzögerungen während der Bauphase			
Materialpreissteigerung			
Submissionsabsprachen			
Kostensteigerung in anderen Kostengruppen			Nein. Auslegung von Ziff. 5.3.1 ergibt, dass der Planer Gesamtverantwortung für die in Ziff. 5.3.1 Satz 1 genannten Kostengruppen trägt.

**f) Unangemessene Benachteiligung**

Die Kostenobergrenze als Beschaffensvereinbarung benachteiligt die Planer unangemessen. Die Einwände, die die Beklagten dagegen vorbringt, überzeugen nicht. Im Einzelnen:

**aa) Wirkung der Beschaffensvereinbarung: Promotion der Baukosten zum Bestandteil der werkvertraglichen Erfolgspflicht des Planers**

Die Beklagte meint, das verschuldensunabhängige Entstehenmüssen für Kostenüberschreitungen beruhe gar nicht auf Ziff. 5.3 der Vertragsmuster, sondern sei ohnehin Ausfluss der werkvertraglichen Erfolgspflicht des Planers.

Darin zeigt sich das grundlegende Missverständnis der Beklagten in der Klageerwidlung. Sie meint offenbar, einseitige Kostenvorgaben des Bauherrn seien immer eine Beschaffensvereinbarung. Das ist falsch (siehe oben B.III.1): Eine Beschaffensvereinbarung setzt eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung voraus, also zwei übereinstimmende Willenserklärungen.

Noch einmal: In individuellen und fairen Vertragsverhandlungen könnten die Parteien individuelle Kostenregelungen treffen, die zu dem jeweiligen Vorhaben passen und die werkvertragliche Erfolgspflicht und damit die verschuldensunabhängige Einstandspflicht des Planers auf Dinge beschränkt, die er beeinflussen kann. Selbst ohne eine solche Regelung wären die Kosten natürlich vom Planer zu beachten, da hat die Beklagte völlig Recht, aber diese Kostenvorgaben des Bauherrn wären nicht zu einer Beschaffensvereinbarung geworden. Die Kosten sind dann natürlich trotzdem vom Planer zu beachten und er haftet auf Schadensersatz, wenn er das schuldhaft nicht tut oder andere Pflichten im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Seite der Planung verletzt (fehlerhafte Kostenaufklärung, Kostenermittlungen, unterlassene Hinweise auf Zielkonflikte etc.). Aber er haftet eben nicht im Sinne der werkvertraglichen Erfolgspflicht für unverschuldete Kostenüberschreitungen, zum Beispiel weil der Gesetzgeber neue energetische Vorgaben für Bauvorhaben macht oder neue Glasstärken bei Absturzsicherungen anordnet oder in einem beschränkten Markt die drei verbliebenen Anbieter sich absprechen.

Das gleiche würde übrigens schon gelten, wenn konstruktive Vertragsverhandlungen zu einer Einschränkung der Kostenhaftung nach Ziff. 5.3 durch z. B. folgenden Satz führten: *„Das Einhalten der Baukosten ist nicht Bestandteil der werkvertraglichen Erfolgspflicht des Auftragnehmers. Eine Einstandspflicht des Auftragnehmers für Überschreitungen der Kosten setzt Verschulden voraus.“*

All das schneidet die Beklagte per AGB ab. Ziff. 5.3.1 der Vertragsmuster erzwingt per AGB eine werkvertragliche Erfolgspflicht, die es sonst nicht gäbe, weil der Planer sie in Vertragsverhandlungen abwenden könnte. Ziff. 5.3.1 promoviert die Baukosten per AGB zum Bestandteil der werkvertraglichen Erfolgspflicht des Planers. Ziff. 5.3.1 begründet damit die verschuldensabhängige Einstandspflicht des Planers für die Baukosten.

## **bb) Wirtschaftliche Konsequenzen für den Planer**

Die wirtschaftlichen Folgen können für den Planer dramatisch sein. Zeigt sich z.B. trotz bis dahin fehlerfreier Kostenermittlungen eine Kostenüberschreitung bei der Ausschreibung der Bauleistungen (HOAI Leistungsphase 6) und verlangt die Beklagte unter Berufung auf Ziff. 5.3.1 vom Planer kostenlose Umplanungen, um das Budget wieder einzuhalten, dann sind dafür naturgemäß sehr erhebliche Eingriffe in die bereits abgeschlossenen Planungsstufen (Vorentwurf, Entwurf, Ausführungsplanung) erforderlich. Der Planer muss unter Umständen monatelang mit seinem gesamten Team umplanen, unterdessen seine Angestellten bezahlen, bekommt aber keine Vergütung von der Beklagten.

Es liegt auf der Hand: Eine solche Umplanung macht nicht nur den konkreten Auftrag unprofitabel, sondern kann Planungsbüros in ihrer wirtschaftlichen Existenz bedrohen.

## **cc) Keine Kompensation**

Der Planer erhält keine wirtschaftliche Kompensation für die Übernahme dieses Risikos. In der HOAI-Vergütung (§ 10 der Vertragsmuster) ist die Übernahme dieses Risikos nicht eingepreist.

Die Beklagte wendet ein, die fehlende Kompensation der Umplanungsleistung sei nicht Folge der beanstandeten Klauseln, sondern der allgemeinen werkvertraglichen Erfolgshaftung. Der Einwand liegt

erneut neben der Sache. Denn es sind ja gerade die angegriffenen Klauseln, die die werkvertragliche Erfolgshaftung für die Kosten begründen. Ohne die angegriffenen Klauseln stünde dem Planer bei den Vertragsverhandlungen offen, eine werkvertragliche Erfolgshaftung für die Kosten abzulehnen. Doch darüber verhandelt die Beklagte nicht, sondern zwingt ihre Auftragnehmer durch die angegriffenen Klauseln per AGB in die werkvertragliche Erfolgshaftung für die Baukosten.

**dd) Kosteninteresse der Beklagten rechtfertigt keine Risikoverlagerung auf den Planer**

Die Beklagte beruft sich auf ihr Kosteninteresse. Sie müsse berechtigt sein, Kostenvorgaben zu machen. Sie habe ein Budget, mehr könne sie nicht ausgeben; das müsse sie dem Planer vorgeben. Das müssen die Auftragnehmer eben akzeptieren; das könne keineswegs unzumutbar sein.

Der Einwand trägt nicht. Natürlich darf die Beklagte Kostenvorgaben machen. Niemand spricht ihr dieses Recht ab. Aber die Planer müssen die Möglichkeit haben, darüber zu entscheiden, ob sie sich diese Vorgaben im Wege einer Vereinbarung zu eigen machen können und eine werkvertragliche Erfolgshaftung für die Baukosten übernehmen - und damit ohne Verschulden mit ihrem Umplanungsaufwand und Honoraranspruch für das Erreichen der Baukosten eintreten. Weil die Baukosten von vielen Einflüssen abhängen, die außerhalb des Verantwortungsbereichs des Planers liegen, müsste ein Planer, der sich auf diese werkvertragliche Erfolgshaftung einlässt, dieser Haftung irgendwie gerecht werden können. Er müsste entweder alle denkbaren Einflüsse seinerseits beeinflussen können (mit seinen Leistungen), was offensichtlich nicht der Fall ist. Oder er müsste die (auch vertragliche) Möglichkeit haben, nach eigener Einschätzung Sicherheiten für diese Einflüsse zu bilden, also bei einem Budget von 10 Mio. € tatsächlich „zur Vorsicht“ nur für zum Beispiel 6 Mio. € zu planen, was ebenfalls nicht vertragsgemäß wäre. Oder er müsste zum Beispiel qualitative oder quantitative Abstriche von anderen vereinbarten Beschaffenheiten machen, im Extremfall mal ein Geschoss weglassen dürfen, was ebenfalls nicht vertragsgemäß ist.

In diesem Rahmen wird man übrigens auch mit Wünschen fertig wie „Design to Budget“, die die Beklagte artikuliert. Sie führt aus (vor allem S. 16), jeder Auftraggeber müsse mit einem bestimmten Baubudget auskommen. Es ist nur für die rechtliche Lösung nicht damit getan, diese Plattitüde anzuführen. Und diese Plattitüde liegt erneut quer zur Praxis der Planung und dem von technischen Regelungen vorgegebenen Planungsablauf, insbesondere zur Kostenplanung (vgl. DIN 276). Denn: Wenn ernsthaft „Design to Budget“ verlangt wird, muss zur Nachgiebigkeit der Planungslösung im Übrigen eine der oben beschriebenen Regelungen getroffen werden - „Sicherheitsabstand“ oder die Möglichkeit zu Einsparungen oder anderen Verzicht, die das Bauprogramm ernsthaft beschneiden. Sonst ist eine „Design to Budget“-Regelung nicht ausgeglichen. Aber in der Praxis haben das Planungswerk des Architekten - insbesondere in den frühen Stufen - und die damit verbundenen Kostenermittlungen eine andere Aufgabe. Die DIN 276 gibt Auskunft darüber. Die Kostenermittlungen sind nicht dazu da, die Erfolgsverpflichtung des Architekten zu prüfen, sondern dem Bauherrn die Möglichkeit zur Entscheidung zu geben, ob die Planung fortgesetzt wird. Die Beklagte tut mit dem Standpunkt, Kosten müssten von Beginn an feststehen, einfach so, als könne sich im Zuge der Planung keine Überraschung ergeben. Mit dem Papier und einer vorformulierten AGB soll die Wirklichkeit ausgeblendet werden, oder jedenfalls derart in den Griff kommen, dass nicht die Beklagte, sondern die Planer für die Folgen der Wirklichkeit einstehen müssen. Aber der Planungsablauf ist anders: Mit der Planung soll der Architekt ermitteln, ob und zu welchen Kosten die Planungsvorstellungen des Auftraggebers umgesetzt werden können. Er soll sich dabei an das Kostenbudget des Auftraggebers halten. Wenn das Ergebnis der Planung ist, wenn „die keit“ zeigt, dass dies nicht möglich ist, dann ist das Vorhaben eben nicht möglich und der Planungsvorgang wird abgebrochen. Nach den Vorstellungen der Beklagten soll dieser Versuch aber vom Planer bezahlt werden, denn er hat ja kein Honorar verdient, weil er das Planungsergebnis nicht im gewünschten Budget verwirklichen konnte. Darin liegt die - mit fortschreitenden Planungsphasen zunehmende - unzumutbare Belastung des Planers.

Man sieht: Das (berechtigte) Kosteninteresse der Beklagten einerseits und die (unzulässige) Verlagerung unverschuldeter Kostenrisiken auf den Planer andererseits haben nichts miteinander zu tun.

Man kann dieses nicht mit jenem rechtfertigen. Es sind zwei grundverschiedene Dinge:

- Natürlich hat die Beklagte ein berechtigtes Interesse daran, dass sich der Planer an ihre Kostenvorgaben hält. Niemand bestreitet das. Wenn der Planer in Bezug auf die Kosten irgendetwas schuldhaft versäumt, dann haftet er. Das stellt kein einziges Mitglied des Klägers in Abrede.
- Aber die Beschaffenheitsvereinbarung in Ziff. 5.3.1 der Vertragsmuster schießt darüber weit hinaus. Infolge von Ziff. 5.3.1 muss der Planer ohne Verschulden mit seinem Umplanungsaufwand und seinem Honoraranspruch für die Baukosten entstehen. Damit verlagert Ziff. 5.3.1 das Risiko unverschuldeter Kostensteigerungen auf den Planer. Dafür gibt es keinerlei berechtigtes Interesse der Beklagten.

### 3. Verstoß gegen das Transparenzgebot

Zum Transparenzgebot bringt die Beklagte in der Klageerwiderung Allgemeinplätze und abstrakte Rechtsausführungen. Das führt nicht weiter. Es bleibt dabei: Die Klausel ist in mindestens zwei Punkten intransparent:

- Ziffer 5.3.1 lässt die rechtlichen und wirtschaftlichen Konsequenzen im Dunkeln. Die Beklagte wendet ein, das Transparenzgebot verlange nicht, zu jeder Klausel „einen umfassenden Kommentar zu verfassen“. Aber das wäre hier auch gar nicht nötig. Die Beklagte könnte die rechtlichen und wirtschaftlichen Konsequenzen der Klausel auf einfache Weise transparent machen, indem sie in Ziffer 5.3.1 eine Klarstellung etwa wie folgt anfügte:

*„Die werkvertragliche Erfolgspflicht des Auftragnehmers erstreckt sich auf das Einhalten der Kostenobergrenze. Auch ohne Verschulden des Planers an der Überschreitung gilt: Zeigen sich Kostenüberschreitungen, muss der Auftragnehmer ohne zusätzliche Vergütung umplanen, um die Kosten wieder ins Budget zu bringen. Der Honoraranspruch für bereits erbrachte Leistungen wird nicht fällig, wenn und solange die Kosten überschritten sind. Eine Ausnahme davon greift nur dann, wenn der Auftraggeber selbst die Überschreitung zu verantworten hat (z.B. bindende Anweisung, vom Besteller vorgegebener Stoff) und der Auftragnehmer seine Prüf- und Hinweispflichten erfüllt hat.“*

Diese Transparenz schafft die Beklagte gerade nicht. Ob bewusst oder unbewusst, sei dahingestellt. Jedenfalls: Eine Klarstellung der eben zitierten Art führte jedem potentiellen Vertragspartner der Beklagten handgreiflich vor Augen, welch enormes Risiko Ziffer 5.3.1 birgt. Es liegt auf der Hand: Dann würden allemal mehr potentielle Auftragnehmer versuchen, entweder Ziffer 5.3.1 in Verhandlungen abzuändern (was die Beklagte nicht zulässt), oder vom Vertrag Abstand nehmen. Genau das verhindert die fehlende Transparenz der Klausel.

- Welche Kostenermittlung ist maßgeblich für die Frage, ob der Auftragnehmer seine Pflichten erfüllt hat? Die Kostenfeststellung am Ende des Bauvorhabens, oder die dem jeweiligen Leistungsstand korrespondierende Kostenermittlung? Das ergibt sich aus Ziff. 5.3.1 nicht. Die Beklagte meint in der Klageerwiderung *en passant* (S. 40 unten), Maßstab sei nicht die Kostenfeststellung am Ende, sondern stets die der jeweiligen Leistungspflicht korrespondierende Kostenermittlung des Planers; das ergebe sich aus der Formulierung „*seine Leistungen*“ in Ziff. 5.3.1. Das ist eine freie Interpretation der Beklagten. Von der maßgeblichen Kostenermittlung steht in Ziff. 5.3.1 einfach nichts. Die Wendung „*seine Leistung*“ ist in diesem Zusammenhang nichtssagend bzw. kann alles Mögliche bedeuten.

Beglaubigte und einfache Abschrift anbei

Carl-Stephan Schweer  
Rechtsanwalt

Valentin Todorow  
Rechtsanwalt