

Risiko!**Zum richtigen Umgang mit einer Baukostenobergrenze!**

Immer öfter wollen Auftraggeber die Kosten eines Projekts absichern und vereinbaren dazu mit dem Planer im Vertrag eine Baukostenobergrenze. Damit übertragen sie dem Planer Risiken, die er in sein Honorar einzukalkulieren und mit dem er professionell umzugehen hat. Seine Risiken sind, dass ihm eine mangelhafte Planung vorgeworfen wird, sein Honorar auf Grundlage der Baukostenobergrenze begrenzt wird, der Auftraggeber vom Vertrag zurücktritt und ihm Schadensersatz droht. Er muss also stets Transparenz bei den Kosten und Entscheidungen dazu schaffen. Allerdings umfasst der Schaden beim Auftraggeber ohne Weiteres nicht die Mehrkosten oberhalb der Baukostenobergrenze.

Anfrage 1: Ein Planer fragt an, ob er sich auf eine Vereinbarung einer Baukostenobergrenze im Vertrag einlassen könne und was das Risiko für ihn dabei sei.

Anfrage 2: Ein kommunaler Auftraggeber erläutert, dass er mit seinem Planer eine Baukostenobergrenze im Vertrag vereinbart hätte. Mit Abschluss der Maßnahme zeige sich, dass diese überschritten wäre. Sein Rechnungsprüfungsamt würde jetzt fordern, dass die Höhe der Überschreitung beim Planerhonorar abgezogen werden solle. Er will wissen, ob er dies ohne Weiteres tun könne.

Anfrage 3: Ein Planer berichtet von einem Auftraggeber, der mit ihm gerne ein größeres Projekt abwickeln würde, der jedoch sehr hohe Ausstattungsansprüche und demgegenüber viel zu niedrige Vorstellungen zu den Baukosten hätte. Diese wolle er über die Vereinbarung einer Baukostenobergrenze mit ihm „absichern“. Er will wissen, ob er darauf eingehen könne.

Zur Anfrage 1: Der Planer muss wissen, dass eine Baukostenobergrenze eine Vereinbarung nach § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB, also eine Beschaffenheitsvereinbarung, ist. Die Norm lautet: „Das Werk ist frei von Sachmängeln, wenn es

die vereinbarte Beschaffenheit hat.“ Wenn also die Beschaffenheit „Baukostenobergrenze“ nicht erfüllt wird, ist das Werk zunächst mangelhaft. Die Einschränkung „zunächst“ bedeutet, dass ein zweiter Blick erforderlich ist. Dazu wird auf die Antwort zur Anfrage 2 verwiesen. Zunächst soll von einer Mangelhaftigkeit ausgegangen werden. Aus einem mangelhaften Werk ergeben sich die Rechte des Auftraggebers aus § 634 BGB. Demnach hat der Auftraggeber folgende Rechte: Nacherfüllung (§ 635 BGB), Selbstvornahme mit Aufwendungsersatz (§ 637 BGB), Rücktritt (§§ 636, 323 und 326 Abs. 5 BGB), Minderung (§ 638 BGB), Schadensersatz (§§ 636, 280, 281, 283 und 311a BGB) oder Ersatz vergeblicher Aufwendungen (§ 284 BGB).

Bei einer Baukostenobergrenze sind Nacherfüllung, Minderung des Honorars, Rücktritt und Schadensersatz praktisch relevant. Diese Rechte sollen genauer betrachtet werden, wobei Minderung und Schadensersatz bei der Antwort zur Anfrage 2 vertieft werden.

Nacherfüllung bedeutet, dass der Auftraggeber das Recht hat vom Planer so oft wiederholte Planungen zu fordern, bis die Baukostenobergrenze eingehalten ist und der Planer dafür nur einmal Vergütung erhält und das auf Basis der Baukostenobergrenze. Der Planer sollte also

spätestens in der Leistungsphase 2, Vorplanung, wenn er die Lösungsvarianten mit ihren Kosten vergleicht, für Klarheit sorgen. Hält eine Variante die Kostenobergrenze ein, rät er zu dieser Variante. Will sich der Auftraggeber für eine andere, komfortablere und damit teurere Lösung entscheiden, muss der Planer auf eine Veränderung der vertraglichen Vereinbarung zur Baukostenobergrenze bestehen. Denn die bloße Fortführung des Bauvorhabens trotz Kenntnis höherer Kosten ändert die vertragliche Baukostenvereinbarung nicht (KG, Urteil vom 23.05.2013 – 27 U 155/11). Hier gilt: *„Schweigen ist keine Willenserklärung!“*. Hält keine Variante die Baukostenobergrenze ein, sollte der Planer die Arbeit stoppen und dem Auftraggeber die Optionen erläutern. Entweder man einigt sich auch hier die bisherige Baukostenvereinbarung anzupassen, oder der Auftraggeber reduziert seine Anforderungen. In beiden Fällen ist der Vertrag zu ergänzen.

Rücktritt bedeutet, dass der Auftraggeber den Standard nicht reduzieren muss, vielmehr kann er wollen, dass die Planung nicht weitergeführt wird. Tritt der Auftraggeber zurück, hat der Planer keinen Vergütungsanspruch, weil er keine mangelfreie Leistung erbracht hat, schließlich hat die Planung für den Auftraggeber keinen Wert. Vom Honorarverlust kann es aber Ausnahmen geben (siehe Antwort auf die Anfrage 3). Der Planer hat also das Risiko, dass er bis einschließlich Vorplanung auf seinen Aufwendungen sitzen bleibt. Was der Planer auf keinen Fall machen sollte ist, weiter als bis zum Ende der Vorplanung zu arbeiten, nach dem Motto: *„Es ist noch immer gut gegangen.“* Denn unterschreitet seine Planung weiterhin die Baukostenobergrenze nicht, kann der Auftraggeber auch später noch zurücktreten und der Planer bleibt auf seinen Aufwendungen sitzen. Bei der Kostenermittlung muss der Planer zudem die Kostenrisiken (siehe 3.3.9 der DIN 276) transparent und mit ausreichender Sicherheit ausweisen, damit auch im Nachhinein die Baukostenobergrenze sicher eingehalten wird. So wird er bei einem Umbau höhere Sicherheiten als bei einem Neubau einzustellen haben.

Minderung bedeutet, dass der Auftraggeber das Honorar so reduzieren kann, dass es sich maximal aus den anrechenbaren Kosten auf der Grundlage der Baukostenobergrenze ergibt (BGH, Urteil vom 23.01.2003 – VII ZR 362/01). Dieses Risiko ist für den Planer überschaubar. Vor allem aber droht dem Planer, dass der Auftraggeber Schadensersatz geltend macht (siehe nachfolgend zur Anfrage 2).

Was der Planer zudem wissen muss ist, dass Schäden aus Baukostenvereinbarungen nicht vom Versicherungsschutz üblicher Planerhaftpflichtversicherungen abgedeckt sind.

Entsprechend muss der Planer alle genannten Risiken bedenken, einen Risikozuschlag in sein

Angebot einkalkulieren und dies auch gegenüber dem Auftraggeber offen kommunizieren. Tritt das Risiko nicht ein, hat er dennoch einen Anspruch auf den vereinbarten Risikozuschlag. Deshalb sollte auch ein Auftraggeber sich gut überlegen, ob er eine Baukostenobergrenze vereinbaren will. Risiko zu übertragen kostet Geld.

Zur Anfrage 2: Hier geht es konkret darum, inwieweit der Auftraggeber Schadensersatz wegen Baukostenüberschreitung fordern kann. Das hat die Rechtsprechung wie folgt geklärt: *„Schaden ist jede unfreiwillige Vermögenseinbuße!“*. Zunächst hat der BGH, Urteil vom 06.10.2016 – VII ZR 185/13 in Fortführung des zuvor genannten BGH-Urteils bestätigt, dass sich das Honorar für den Planer nur aus den anrechenbaren Kosten der vereinbarten Baukostenobergrenze ergibt. Das begründet der BGH nachvollziehbar damit, dass sich ein Planer treuwidrig verhalten würde, wenn er einen höheren Honoraranspruch durchsetzen wolle, entgegen seinen vertraglichen Leistungspflichten zur Baukostenobergrenze. Er wäre dann nämlich verpflichtet, das Mehrhonorar (= Schaden) sofort wieder herauszugeben, das er aufgrund der Mangelhaftigkeit seiner Planung erhalten hat. Der Auftraggeber muss also dem Planer nicht mehr Honorar bezahlen, als es sich auf der Grundlage der Baukostenobergrenze ergibt. Dies betrifft das Mehrhonorar als Schaden.

Zum darüberhinausgehenden Anspruch hat der BGH, Urteil vom 21.05.2016 – VII ZR 190/14, entschieden, dass für die Feststellung dieses Schadens die Vermögenslage des Bauherrn mit und ohne die Pflichtverletzung des Architekten zu vergleichen ist. Anfangs hatte der Bauherr Geld auf seinem Konto, später stattdessen ein Bauwerk. Ist beides gleich viel wert, läge an sich kein Schaden vor. Der Auftraggeber hat dann zwar mehr bezahlt, als bei Einhaltung der Baukostenobergrenze, demgegenüber aber einen Mehrwert an Substanz oder Ertragsmöglichkeit bekommen. Nur wenn den Ausgaben kein entsprechender Wert gegenübersteht, das Bauwerk also weniger Wert ist, als er bezahlt hat, hätte er einen Schaden.

Um dem Planer gegenüber weiteren Schadensersatz geltend machen zu können, müsste also der Auftraggeber zwei Vermögenslagen darlegen. Ob ihm dann tatsächlich ein Schaden entstanden ist, ist vom Einzelfall abhängig. Der Auftraggeber kann jedenfalls nicht einfach die Mehrkosten beim Honorar abziehen.

Zur Anfrage 3: Auf Nachfrage bestätigt der Planer, dass er ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Standard und Kosten sehen konnte. Dann ist er zumindest zur Plausibilitätsprüfung verpflichtet (LG Bamberg, Urteil vom

19.02.2016 - 3 S 108/15) und hat Bedenken anzumelden. Denn der Planer ist grundsätzlich derjenige, der mehr weiß als der Auftraggeber, selbst wenn dieser selbst nicht unerfahren ist. Unterlässt er dies, begibt er sich sehenden Auges in alle zuvor genannten Risiken. Liegt kein offensichtliches Missverhältnis vor, sollte er den Auftraggeber dennoch aufklären, dass die Einhaltung der Baukostenobergrenze ohne Erbringung der Leistungsphasen 1 und 2 nicht sicherzustellen ist. Diese Aufklärung sollte auch im Vertrag stehen. Ignoriert der Auftraggeber die Bedenken oder ist die Aufklärung im Vertrag dokumentiert, ist der Planer fein raus. Dann kann er planen, und wenn er die Hinweise von zuvor beachtet, sind ihm auch zumindest die Leistungsphasen 1 und 2 zu vergüten.

Fazit:

Baukostenobergrenzen in Planerverträgen werden häufiger. Der Planer muss sich bewusst sein, dass er damit einige nicht versicherbare Risiken eingeht. Zudem droht ihm, Honorar zu verlieren. Die Risiken kann er begrenzen, wenn er nur bis zur Vorplanung arbeitet und hier eine Anpassung der Vereinbarung erzeugt. Die Risiken sollte er in sein Honorar einkalkulieren. Für den Auftraggeber bedeutet eine Baukostenobergrenze, dass er für die Risikoübernahme etwas bezahlen muss und das auch dann, wenn sich das Risiko nicht realisiert. Mit einer Baukostenobergrenze kann der Auftraggeber zudem auch nur sicherstellen, dass er das Honorar des Planers beschränkt. Muss er ungewollt mehr investieren, hat er nicht zwingend einen Schaden, wenn die Investition durch das Bauwerk adäquat ausgeglichen wird.

Autoren

Dipl.-Ing. Peter Kalte, Öffentlich bestellter und vereidigter Honorarsachverständiger;
Rechtsanwalt Michael Wiesner, LL.M., Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht, Dipl.-Betriebswirt (FH).

Gütestelle Honorar- und Vergaberecht (GHV) gemeinnütziger e. V.
Friedrichsplatz 6
68165 Mannheim
Tel: 0621 – 860 861 0
Fax: 0621 – 860 861 20