

# Mustervertrag Freianlagen aus der ABau des Landes Berlin

Erläuterungen und Anmerkungen





Mustervertrag  
Freianlagen aus der ABau  
des Landes Berlin



# VORWORT

Die Berliner Verwaltung (Bezirke, Senatsverwaltungen und landeseigene Gesellschaften) vergeben Leistungen der Landschaftsarchitektur in aller Regel auf der Grundlage des „Mustervertrages Freianlagen“ gemäß ABau (Allgemeine Anweisung für die Vorbereitung und Durchführung von Bauaufgaben Berlins).

Die Handhabung dieses Formularvertrages stößt allerdings in der Praxis oft auf Schwierigkeiten – nicht nur für die Landschaftsarchitektinnen und Landschaftsarchitekten, sondern auch für die Bearbeiterinnen und Bearbeiter in den Vergabestellen und Bauabteilungen. Zum Teil liegt das an Unsicherheit und fehlendem Wissen über die Regeln im Vergabeverfahren: Kann man, darf man, soll man über die Regelungen dieses Vertrages überhaupt verhandeln? Oder ist das Vertragsmuster „in Stein gemeißelt“, und man darf nur die offenen Felder ausfüllen bzw. ankreuzen? Hinzu kommt oft Unsicherheit über die werkvertraglichen und honorarrechtlichen Grundlagen dieses Vertragsmusters. Das Muster wird dann oft nur formal ausgefüllt, aber in Wahrheit weiß man gar nicht so genau, was man da gerade unterschreibt.

Nicht zuletzt beruhen aber einige Schwierigkeiten bei der Abwicklung darauf, dass der Vertrag Regelungen enthält, die

offensichtlich die Verhandlungsposition der öffentlichen Hand als größtem Auftraggeber für Landschaftsarchitektenleistungen deutlich ausreizt. Das betrifft insbesondere die bundesweit praktizierten und bundesweit kritisierten Regelungen zur Baukostenobergrenze („Beschaffensvereinbarung“), aber auch den recht umfassenden Leistungskatalog, der über den HOAI-Grundleistungskatalog hinausgeht.

Vor diesem Hintergrund hat der BDLA-Landesverband Berlin-Brandenburg den Justiziar des BDLA, Herrn Rechtsanwalt Dr. Schattenfroh, gebeten, den Mustervertrag Freianlagen in der ABau näher zu analysieren und zu kommentieren. Ziel der vorliegenden Broschüre ist es, dass sowohl Bieterinnen und Bieter, als auch Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Vergabestellen und Bauabteilungen den Vertrag besser verstehen und ihn im Vergabeverfahren und in der späteren Projektabwicklung zum beiderseitigen Nutzen besser handhaben können.

**Karsten Standke**

(Geschäftsführer)

Bund Deutscher Landschaftsarchitekten  
Landesgruppe Berlin/Brandenburg e. V.

Der Link zum Formular-Center der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen mit den aktuellen Vertragsmustern und Hinweisen zur Beauftragung freiberuflicher Leistungen lautet:  
<https://senstadtms.stadt-berlin.de/eabau/index.html?allgemein&hochbau&iv&a&f&r>

<b>A. Zum Umgang mit dem Vertragsmuster in der Vergabephase .....</b>	<b>7</b>
1. Kann man, darf man über das Vertragsmuster überhaupt verhandeln? .....	7
2. Was gilt, wenn die Vergabestelle den Vertragstext trotzdem als nicht verhandelbar bezeichnet? .....	7
3. Wie sollte man Änderungsvorschläge technisch einbringen?.....	8
<b>B. Vertragstext „Objektplanung Freianlagen“ – ABau 2013, Stand: Dezember 2015 .....</b>	<b>9</b>
1. Inhaltsverzeichnis und Anlagen (Seite 2 des Vertrages).....	9
2. § 1.1 und 1.2 – eine Freianlage oder mehrere Freianlagen? .....	9
3. § 2.4 – Baukostenobergrenzen (Beschaffensvereinbarung) .....	10
4. § 2.5 – gestufte Beauftragung und Rechtslage ab 1.1.2018 .....	12
5. § 3 – Leistungen und Leistungspflichten .....	12
6. § 6.1.1 – anrechenbare Kosten.....	13
7. § 6.1.1 – mitzuverarbeitende Bausubstanz .....	14
8. § 6.2 – Honorarzonen.....	15
9. § 6.3 – Honorarsatz.....	16
10. § 6.5 – Umbauszuschlag.....	16
11. § 6.8 – Honorarregelung bei anrechenbaren Kosten über 1,5 Mio Euro .....	17
12. § 6.10 – Honorar bei Leistungsänderungen .....	18
13. Wichtige Regelungen, die im Vertragsmuster Freianlagen fehlen .....	18
<b>C. Hinweise zu den Vertragsanlagen .....</b>	<b>20</b>
1. Allgemeine Vertragsbedingungen – AVB Hochbau – ABau 2013, Stand: April 2016 .....	20
2. Formblatt Baukostenobergrenze (IV 406 F) – ABau 2013.....	21
3. Formblatt Spezifische Leistungspflichten (Anlage zu § 3) – ABau 2013, Stand: Juni 2014 .....	22

## A

# ZUM UMGANG MIT DEM VERTRAGSMUSTER IN DER VERGABEPHASE

## 1. Kann man, darf man über das Vertragsmuster überhaupt verhandeln?

Musterverträge sind entgegen verbreiteter Annahme, und entgegen so mancher Behauptung von Vergabestellen, selbstverständlich verhandelbar und können also an die Besonderheiten des Projekts angepasst werden. Es gibt keine Rechtsvorschrift, wonach vorformulierte Vertragstexte nicht angepasst werden dürften.

In Berlin werden Planungsleistungen entweder freihändig vergeben, oder nach einer öffentlichen Ausschreibung, oder – bei Überschreitung des Honorarschwellenwerts von derzeit 209.000 Euro – durch ein VgV-Verfahren. Anders als bei Bauvergaben nach VOB/A besteht bei keiner dieser Verfahrensarten ein Verhandlungsverbot. Im Gegenteil: § 17 VgV regelt hierzu, dass über die Angebote verhandelt wird,

**„mit dem Ziel, die Angebote inhaltlich zu verbessern. Dabei darf über den gesamten Angebotsinhalt verhandelt werden, mit Ausnahme der (...) in den Vergabeunterlagen festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien“.**

Das heißt, dass im Prinzip auch über die rechtlichen Bedingungen verhandelt werden darf, unter denen die Planungsleistung erbracht werden soll.

## 2.

### Was gilt, wenn die Vergabestelle den Vertragstext trotzdem als nicht verhandelbar bezeichnet?

Mitunter teilen die Vergabestellen mit, der Vertragstext dürfe oder könne nicht geändert werden, und schon mit dem ersten Angebot müsse der Vertrag vom Bieter unterzeichnet werden.

Hier muss man zwei Fallgruppen unterscheiden:

#### a) EU-weite Verfahren

In einem Verfahren nach VgV (EU-weite Ausschreibung), also bei einem Honorarvolumen von mehr als 209.000 Euro netto (Stand 2017) dürfen die öffentlichen Auftraggeber das Verfahren so ausgestalten, dass sie Angebote abfordern und auf dieser Grundlage direkt entscheiden, also ohne Verhandlungen (sog. „Verhandlungsverfahren ohne Verhandlung“, § 17 Absatz 11 VgV). Das ist aber nur zulässig, wenn dies in der EU-Bekanntmachung ausdrücklich so angekündigt wurde.

In einem solchen Fall sollte man als Bieter also im ersten Schritt prüfen, ob sich dieser Vorbehalt in der EU-Bekanntmachung findet. Wenn ja, ist es legal, Verhandlungen auszuschließen. Dann bleibt nur die Risikoabwägung, ob man den Vertrag so hinnehmen und unterzeichnen möchte, oder ob man – zum Beispiel wegen einer riskanten Baukostenobergrenze – besser kein Angebot abgibt.

Wenn hingegen in der EU-Bekanntmachung kein solcher Vorbehalt enthalten ist, dann muss auch verhandelt werden. Darauf sollte man die Vergabestelle dann hinweisen. In diesem Fall ist – rein rechtlich betrachtet – auch der Vertragstext selbstverständlich verhandelbar. Deshalb sollte man dann Änderungsvorschläge zum Vertrag beifügen, falls sie im konkreten Fall nötig sind. Dies darf dann auf keinem Fall zu einem Ausschluss vom Verfahren führen. Anders als bei Bau-Ausschreibungen nach VOB/A gibt es im Verhandlungsverfahren keinen Ausschluss wegen Veränderung der Vergabeunterlagen; vielmehr sollen die Bieter ja durch die Verhandlungen gerade zu einer Verbesserung der Angebote beitragen. Im schlimmsten Fall bleiben solche Änderungsvorschläge erfolglos und die Vergabestelle bleibt bei der Haltung, dass der Vertragstext nicht verhandelbar sei.

Wenn die Vergabestelle sich dann trotzdem weigert, über den Vertrag zu verhandeln, dann hat das keinen rechtlichen Hintergrund, sondern ist eben nichts anderes als eine bestimmte Art der Verhandlungsführung, man könnte auch sagen: der Ausnutzung einer Verhandlungsmacht. Wie man damit umgeht, hängt vom Fingerspitzengefühl, von der Wichtigkeit des Projekts und den Inhalten des Vertrages ab. Man kann letztlich niemanden zum Verhandeln zwingen.

## **b)**

### **Sonstige Verfahren**

In Verfahren unterhalb des EU-Schwellenwerts sind die Vergabestellen im Prinzip bei der Ausgestaltung des Verfahrens relativ frei und können also festlegen, ob verhandelt werden soll oder nicht. Anders als bei einem EU-weiten Verfahren kann man also als Bieter in diesen Verfahren nicht verlangen, dass verhandelt wird. Wenn die Vergabestelle den Vertrag dann als unverhandelbar vorgibt, dann ist das wie gesagt nichts, was einen juristischen Hintergrund hätte (selbstverständlich darf man Formular-verträge ändern); aber man kann niemanden zum Verhandeln zwingen. In dieser Situation bleibt dann nur die Abwägung, ob man das Angebot mit unverändertem Vertragstext abgeben und die Risiken in Kauf nehmen will, oder ob man gar kein Angebot abgibt.

Zur Klarstellung allerdings: Wenn einzelne Klauseln des Vertrages aus AGB-rechtlichen Gründen unwirksam sind (zum Beispiel § 6.1.1, siehe unten), dann ist es unschädlich, wenn man den Vertrag so unterschrieben hat. Der Vertrag bleibt dann im Übrigen wirksam, und die unwirksame Klausel entfällt.

## **3.**

### **Wie sollte man Änderungsvorschläge technisch einbringen?**

Der Mustervertrag „Objektplanung Freianlagen“ enthält in seiner derzeitigen Form Regelungen, die mit Sicherheit nicht auf jedes Projekt gleich gut passen; und es fehlen Regelungen, die bei einem fairen Interessenausgleich zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer eigentlich enthalten sein müssten.

Das Vertragsmuster bietet rein handwerklich betrachtet genügend Stellen, an denen man solche Änderungen einarbeiten kann.

Zum Einen können Anpassungen an vielen im Vertragsmuster offen gehaltenen Stellen eingearbeitet werden. Das ist der sozusagen schon im System angelegte Weg für Vertragsänderungen.

Zum anderen sieht das Vertragsformular auf Seite 19 ausdrücklich Platz für „weitere ergänzende Vereinbarungen“ vor.

Und schließlich besteht aber selbstverständlich auch die Möglichkeit, verhandelte Änderungen in einem gesonderten Dokument festzuhalten und dieses Dokument zur Vertragsanlage zu machen. Das muss dann auf Seite 2 des Vertragsmusters aber auch eingetragen und beigelegt werden.

Die nachfolgenden Erläuterungen sollen die wesentlichen Themen aufzeigen, über die man sich in der Vergabe als Bieter (und auch als Vergabestelle) aus rechtlicher Sicht Gedanken machen sollte und zu denen die Verhandlungsergebnisse dann in den Vertrag auch eingearbeitet werden sollten.



## B.

# VERTRAGSTEXT „OBJEKTPLANUNG FREIANLAGEN“

## 1.

### Inhaltsverzeichnis und Anlagen (Seite 2 des Vertrages)

Die Reihenfolge bzw. Nummerierung der Dokumente in der ABau entspricht nicht der Rangreihenfolge, die diese Dokumente im endgültigen Vertrag haben. Die ABau ist eine Art „Bedienungsanleitung“ zur Ausschreibung von Dienstleistungen und folgt daher den Arbeitsschritten bei der Vorbereitung einer Ausschreibung. Viele Dokumente enthalten deshalb auch nur „Hinweise“ für das Ausfüllen und Vorbereiten der Dokumente, ohne dass diese später Vertragsbestandteil würden.

Für den Auftragnehmer ist deshalb relevant, in welcher Rangreihenfolge die Dokumente am Ende stehen. Nach Unterzeichnung des Vertrages besteht der Vertrag aus folgenden Schriftstücken:

- Vertragstext
- Anlagen zum Vertrag (siehe Seite 2 des Vertrages); von den dort aufgeführten werden hier folgende kommentiert:
  - Allgemeine Vertragsbestimmungen Hochbau (AVB-Hochbau)
  - Formblatt Baukostenobergrenze
  - Formblatt Anlage zu § 3: spezifische Leistungspflichten

Zunächst zum Vertragstext als solchem:

## 2.

### § 1.1 und 1.2 – eine Freianlage oder mehrere Freianlagen?

Beim Ausfüllen des Vertrages sollte vorab geprüft, geklärt und ausdrücklich festgehalten werden, ob es sich um eine einheitliche Freianlage handelt, oder um mehrere voneinander getrennte. Denn dies kann erhebliche Honorarunterschiede ausmachen.

#### a)

#### Warum muss dies geklärt werden?

Wenn man mehrere Objekte gemeinsam abrechnet, also nach der Summe der anrechenbaren Kosten, ist das Honorar niedriger, als wenn man die Objekte voneinander trennt und nach den jeweiligen Kosten des jeweiligen Objekts abrechnet (sog. Honorardegression). Eine gemeinsame Abrechnung reduziert also das Honorar.

Eine solche Reduzierung ist aber oft gesetzwidrig: Anders als bei Gebäuden oder anderen HOAI-Objekten besteht bei getrennten Freianlagen ein Rechtsanspruch darauf, dass diese auch getrennt abgerechnet werden. Dies regelt § 11 Absatz 1 HOAI, und die in § 11 Absatz 2 bis 4 enthaltenen Ausnahmen hierzu gelten nach dem klaren Wortlaut der HOAI nicht für Freianlagen. Die Vergabestellen gehen oft von der gemeinsamen Abrechnung von eigentlich getrennt zu behandelnden Freianlagen aus. Meist besteht insoweit gar kein Problembewusstsein. Wegen der Honorardegression führt dies aber, wenn mehrere Freianlagen vorliegen, in aller Regel zu einer gesetzwidrigen Unterschreitung des HOAI-Mindestsatzes.

Deshalb sollte in der Verhandlungsphase offen erörtert und abschließend geklärt werden, ob mehrere Freianlagen vorliegen. Der Vertragstext sieht diese Möglichkeit ausdrücklich vor, nämlich in

- § 1.2 des Vertrages
- dem Objektverzeichnis (Anlage 5 zum Vertrag)
- und ferner an den verschiedensten Stellen in § 6 (Honorar).

Voraussetzung für die getrennte Abrechnung ist aber natürlich, dass es sich auch wirklich um mehrere voneinander getrennte Freianlagen handelt. Wann das der Fall ist, ist nicht immer ganz einfach zu beantworten:

#### b)

#### Wann liegen mehrere Freianlagen vor?

Die Frage ist rechtlich nicht abschließend geklärt.

- Nach dem bisher einzigen veröffentlichten Gerichtsurteil (LG München I, 26.01.2011, 2 O 11692/08) richtet sich die Abgrenzung nach einer Gesamtbetrachtung unter planerisch-konzeptionellen Gesichtspunkten. Handelt es sich um einen zusammenhängenden Gesamtentwurf? Oder ent-

steht für den Betrachter der klare Eindruck getrennter Freianlagen? Diese Herangehensweise hat die Schwäche, dass man die Frage erst ganz zum Schluss beantworten kann, wenn die Planung fertig ist.

- Die Fachliteratur orientiert sich hingegen (meines Erachtens zu Recht) eher an den von der Rechtsprechung zum Hochbau geschaffenen Kriterien, fragt also danach, ob die Freianlagen unter funktionalen und konstruktiven Aspekten als getrennt anzusehen sind (zum Beispiel Seifert/Berger, Beck'scher HOAI-Kommentar, § 11 HOAI, Rz. 35).

Die Abgrenzung ist einfach, wenn zum Beispiel in einem Vertrag drei Spielplätze an drei verschiedenen Orten eines Berliner Bezirks geplant werden sollen. Dann liegen eindeutig getrennte Objekte vor. Schwieriger wird es, wenn es sich um größere Freianlagen mit unterschiedlichen Funktionsbereichen handelt, insbesondere um Parks, in denen zum Beispiel Liegewiesen, Spielplätze und Veranstaltungsflächen nebeneinander liegen, aber als Gesamtmaßnahme geplant werden sollen.

Für die Vertragsverhandlung bietet sich vor allem die Kontrollfrage an, ob es sich um räumlich klar getrennte Areale handelt (getrennt durch Straßen oder andere Bauwerke, oder klar voneinander getrennte Parks oder Plätze), oder ob die Funktionen sich klar unterscheiden (zum Beispiel Platzanlage oder Promenade einerseits, Ziergarten daneben, Spielplatz angrenzend). Wenn dies zu bejahen ist, wird es sich eher um getrennte Freianlagen handeln.

### 3.

#### **§ 2.4 – Baukostenobergrenzen (Beschaffensvereinbarung)**

In der Praxis wird für Baukostenobergrenzen oft der Begriff „Beschaffensvereinbarung“ verwendet. Dieses Wort stammt aus dem BGB und meint die eigentlich ganz selbstverständliche Festlegung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer, dass das zu planende Werk bestimmte Eigenschaften haben muss. Die „Beschaffensvereinbarung“ einer Baukostenobergrenze bedeutet nun, dass der Auftragnehmer sich werkvertraglich verpflichtet, dass das zu planende Werk bestimmte Kosten nicht überschreitet. Das ist für den Auftragnehmer mit erheblichen Risiken verbunden, ist aber nach derzeitiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs rechtlich zulässig. Deshalb hat es in der Verhandlung mit dem Auftraggeber jedenfalls derzeit keinen Sinn, die Berechtigung einer solchen Regelung mit juristischen Argumenten in Frage zu stellen.

Deshalb muss man sich nach jetzigem Stand auf die Regelung und ihre Auswirkungen schlicht einstellen.

#### **a)**

##### **Unterscheidung Kostenrahmen und Baukostenobergrenze**

Der Vertrag sieht vor, dass in den Leistungsphasen 1 und 2 nur ein „Kostenrahmen“ gilt (§ 2.4.1.). Das ist noch keine Baukostenobergrenze, sondern nur ein Orientierungswert, der aber natürlich planerisch zu beachten ist. Die eigentliche werkvertragliche Baukostenobergrenze soll hingegen erst für die Leistungsphasen 3ff. gelten (§ 2.4.1, 2. Absatz).

#### **b)**

##### **Zeitpunkt der Festlegung**

§ 2.4 schweigt zu der Frage, wann die Baukostenobergrenze vereinbart werden soll. Aus § 2.5.4 geht aber hervor: Der Abruf der Auftragsstufe 2 (= Leistungsphasen 3 bis 5) darf erst erfolgen, wenn eine Baukostenobergrenze vereinbart ist. Das bedeutet: Die Baukostenobergrenze soll nach der ABau bereits auf der Grundlage der Kostenschätzung aus der Vorplanung vereinbart werden (!). Das schafft ein erhebliches Risiko für den Auftragnehmer, weil bei diesem Planungsstand die Kosten oft noch nicht ausreichend präzise eingeschätzt werden können. In der Verhandlung sollte deshalb darauf gedrängt werden, dass eine verbindliche Baukostenobergrenze erst festgelegt wird, wenn die Kostenberechnung erstellt und die BPU geprüft und freigegeben ist, also am Ende der LP 3.

Für das Ausfüllen und Erstellen des Vertragstextes bedeutet das wiederum: Wenn der Auftrag mit der Leistungsphase 1 oder 2 beginnt, darf die in § 2.4.1 vorgesehene „Anlage 3“ (Vereinbarung einer Baukostenobergrenze als Beschaffensvereinbarung) noch nicht ausgefüllt und beigefügt werden. Sollte der Auftraggeber dies verlangen, so sollte man dem mit Hinweis auf § 2.4.1 und § 2.4.5 widersprechen: Eine verbindliche Bau-

kostenobergrenze wird wenn überhaupt, dann frühestens in der Auftragsstufe 2 vereinbart.

**c)**

### **Inhaltliche Festlegungen: Anlage 3 (Formblatt IV 406 F)**

Geht es um die konkreten, projektspezifischen Festlegungen zur Baukostenobergrenze, so sieht das Formblatt IV 406 F in gewissem Umfang Gestaltungsmöglichkeiten vor. Diese sollte man unbedingt nutzen, um die Risiken einer Baukostenobergrenze zu minimieren.

Hierzu näheres im Abschnitt C.2 (Kommentierung Formblatt IV 406 F).

**d)**

### **Auswirkungen einer Baukostenobergrenze**

Wenn und sobald eine Baukostenobergrenze vereinbart ist, hat das tiefgreifende Auswirkungen auf die Vertragspflichten. Deshalb muss man diese Festlegung sehr ernst nehmen:

Wird die Kostengrenze überschritten, so ist das planerische Werk mangelhaft. Das gilt wohlgerne für jeden nur denkbaren Grund der Kostenüberschreitung. Auch Kostensteigerungen, die vom Landschaftsarchitekten nicht verschuldet sind, führen dazu, dass die Planung mangelhaft ist. Das folgt aus der sog. Erfolgshaftung im Werkvertragsrecht: Wer ein Werk mit bestimmten Kosten verspricht, der muss es auch so abliefern, und solange das nicht der Fall ist, ist die Leistung nicht vertragsgerecht und damit „mangelhaft“.

Die Mangelhaftigkeit führt dazu, dass der Landschaftsarchitekt kostenlos umplanen muss, bis das Budget eingehalten ist. Hieran muss der Auftraggeber selbstverständlich mitwirken und Entscheidungen treffen, aber der mitunter erhebliche Aufwand für die Umplanung wird nicht gesondert bezahlt – es handelt sich um Mängelbeseitigung.

Gelingt es nicht, die Baukostenobergrenze einzuhalten, kann das bei Einhaltung von Formalien bis zur Kündigung des Vertrages und zur Rückzahlung von Abschlagszahlungen führen.

Weniger dramatisch und meist überschätzt sind hingegen die Schadensersatzfolgen: Eine Haftung auf Schadensersatz tritt nur ein, wenn der Landschaftsarchitekt die Kostenüberschreitung zu vertreten hat, also eigene Fehler begangen hat. Schuldlose Kostenüberschreitungen führen zwar – siehe oben – zur Mangelhaftigkeit und zu Umplanungsaufwand, aber eine Schadensersatzhaftung entsteht nicht, weil Schadensersatz immer Verschulden voraussetzt. Außerdem sind viele der entstehenden Mehrkosten sog. Sowieso-Kosten, für die in aller Regel keine Schadensersatzverpflichtung besteht.

Das Hauptrisiko einer Baukostenobergrenze besteht also letztlich darin, dass man mit viel Aufwand kostenlos umplanen muss und dabei unter Umständen erhebliche Widerstände auf Bauherrenseite überwinden muss, weil mit Einsparungen meist auch weniger umgesetzt werden kann, als sich der Bauherr anfangs gewünscht hat. Das kann zu erheblichem Streit führen.

**e)**

### **Umgang mit der Baukostenobergrenze**

Wegen dieser potentiell gravierenden Folgen müssen alle Regelungen in § 2.4 des Vertrages sehr ernst genommen werden.

Die Kostenkontrolle muss noch gründlicher erfolgen als bei einem „normalen“ Planungsvertrag.

Jede auch nur entfernt drohende Kostenüberschreitung sollte sofort kommuniziert und erläutert werden.

Es sollte vermieden werden, Planungen so voranzubringen, dass vollendete Tatsachen geschaffen werden.

Stattdessen: Auf ausdrückliche Freigaben der jeweiligen Planungsetappen durch den Auftraggeber einschließlich der kommunizierten Kosten achten.

Bei drohenden Kostenüberschreitungen muss die aktive Mitwirkung des Auftraggebers eingefordert werden: Verlangt der Auftraggeber strikt die Einhaltung des Budgets? Oder erklärt er sich doch mit der Kostensteigerung einverstanden? Hierzu müssen die Entscheidungen dokumentiert werden.

Wenn solche ausdrücklichen Erklärungen von Seiten des Auftraggebers schwer zu erlangen sind, empfiehlt sich, auf die Kostensteigerungen regelmäßig hinzuweisen und dabei zu betonen, dass man die Fortsetzung der Planung durch den Auftraggeber so deutet, dass er mit den höheren Kosten einverstanden ist. Wenn ein Auftraggeber hierauf schweigt und die Planung fortsetzt, kann darin das stillschweigende Einverständnis mit der Kostenerhöhung liegen.

#### 4.

##### **§ 2.5 – gestufte Beauftragung und Rechtslage ab 1.1.2018**

Die Leistungen sind nach Auftragsstufen und HOAI-Leistungsphasen gegliedert. Von einer näheren Erläuterung dieser bekannten Struktur als solcher wird hier abgesehen. Die Kommentierung beschränkt sich daher auf zwei Hinweise:

##### **a)**

##### **Beauftragung der LP 9**

Wichtig ist zunächst der Hinweis im Formblatt IV 6001 zur Leistungsphase 9 (= Auftragsstufe 5). Dort heißt es wörtlich:

„Wartungs- und Pflegearbeiten sowie Überwachen der Entwicklungspflege sind erst dann in Auftrag zu geben, wenn Art und Umfang dieser Leistungen festgelegt werden können.“

Sollte in der Angebotsabfrage oder der Ausschreibung abweichend hiervon die LP 9 bereits abgefragt werden, so sollte man als Bieter auf diese Vorgabe der ABau hinweisen.

##### **b)**

##### **Neues Werkvertragsrecht ab 1.1.2018**

Ab 1.1.2018 enthält das BGB einen gesonderten Abschnitt zum Architektenvertrag (§§ 650p bis 650t BGB). Nach § 650p Absatz 2 BGB hat der Auftragnehmer zunächst eine „Planungsgrundlage“ zu erstellen, mit der überhaupt erst einmal die „wesentlichen Planungs- und Überwachungsziele“ definiert werden. Nach Vorlage dieser „Planungsgrundlage“ darf der Auftraggeber ohne Grund kündigen (§ 650 r BGB).

Dieses Privileg hat der Auftraggeber aber nicht, wenn die „wesentlichen Planungs- und Überwachungsziele“ bei Vertragschluss bereits definiert sind, denn dann braucht man ja keine neu zu erstellende „Planungsgrundlage“.

Diese Neuregelung im Gesetz passt nicht zu den Auftragsstufen im derzeitigen Vertragsmuster. Sie entspricht in gewissem Umfang einer „Leistungsphase Null“. Fachlich wird sie sich aus Teilen der HOAI-Leistungsphasen 1 und 2 zusammensetzen, aber eben nicht unbedingt mit den Leistungsphasen 1 und 2 deckungsgleich sein. Wie sich der ABau-Vertrag vor diesem neuen gesetzlichen Hintergrund fortentwickeln wird, ist nicht abzusehen.

Für die Landschaftsarchitekten bedeutet das, dass man schon zu Beginn, bei der Verhandlung und Erstellung des Vertrages möglichst genau beschreiben und in den Vertrag eintragen sollte, was geplant und gebaut werden soll, damit die „wesentlichen Planungs- und Überwachungsziele“ schon definiert sind und das Sonderkündigungsrecht vermieden wird. Sobald dies erreicht ist, kann die bisherige Auftragsstufung dann ohne rechtliche Schwierigkeiten praktiziert werden.

#### 5.

##### **§ 3 – Leistungen und Leistungspflichten**

Die zu erbringenden Leistungen sind in der „Anlage zu § 3“ beschrieben und präzisiert (so der jeweilige Vertragswortlaut zu den einzelnen Auftragsstufen). Was das konkret bedeutet und wie damit umgegangen werden sollte, ist weiter unten im Abschnitt C.3 näher erläutert.

Ferner ist auf den unten stehenden Abschnitt B.13 zu verweisen. Dort geht es um Honoraranpassungen für die Verlängerung der Planungs- und Bauzeit. Die Senatsverwaltung ordnet dies (unrichtig) § 3 zu.

## 6.

### § 6.1.1 – anrechenbare Kosten

Die Regelung in § 6.1.1 zu den anrechenbaren Kosten ist AGB-widrig und deshalb unwirksam. An ihre Stelle tritt die HOAI. Das hat zur Folge, dass die anrechenbaren Kosten sich nicht mehr, wie bisher, nach der geprüften und freigegebenen BPU richten, sondern nach der fachlich korrekt erstellten Kostenberechnung.

Im Einzelnen:

#### a)

##### Unwirksamkeit nach § 307 BGB

Am 16.11.2016 hat der Bundesgerichtshof entschieden (Beschluss vom 16.11.2016, VII ZR 314/13):

**„Vom Auftraggeber gestellte Allgemeine Geschäftsbedingungen, nach denen die anrechenbaren Kosten für Leistungen der Leistungsphasen 2 bis 4 (...) auf der Grundlage einer genehmigten Kostenberechnung zur Haushaltsunterlage Bau zu bestimmen sind, sind wegen unangemessener Benachteiligung des Architekten unwirksam.“**

Hintergrund der Entscheidung ist folgender: Bei der Prüfung von Kostenberechnungen durch öffentliche Auftraggeber werden die vom Planer fachlich korrekt ermittelten Kosten oft aus politischen oder fördermitteltechnischen oder völlig anderen Gründen nach unten „geprüft“. Fachlich sind solche Korrekturen manchmal nicht zu rechtfertigen. Der BGH hat zu Recht entschieden, dass es den Architekten unangemessen benachteiligt, wenn der Vertrag vorsieht, dass das Architektenhonorar sich nach Kosten bemessen soll, die der freien Beurteilung durch den Auftraggeber überlassen sind und dadurch das Honorar automatisch niedriger ausfällt.

Die Regelung in § 6.1.1 des ABau-Vertrages sieht aber genau dies vor. Anrechenbar sind danach die Kosten der

**„seitens des Auftraggebers oder der zuständigen Senatsverwaltung bestätigten Kostenberechnung der genehmigten Bauplanungsunterlage (BPU)“.**

Das ist exakt der vom BGH geregelte Fall. Hier kommt sogar noch hinzu, dass die anrechenbaren Kosten unter Umständen sogar vom Willen der Senatsverwaltung abhängig sein sollen. Wenn Auftraggeber und Vertragspartner nicht das Land Berlin selbst ist, dann würden die anrechenbaren Kosten also sogar vom Willen eines Dritten abhängen, der nicht einmal Vertragspartner ist. Das führt ohne Zweifel zur Unwirksamkeit.

Diese Unwirksamkeit gilt auch dann, wenn man den Vertrag als Auftragnehmer unterschrieben hat. Das AGB-Recht schützt insoweit den Auftragnehmer.

#### b)

##### Folgen für das Honorar

Die Unwirksamkeit einer AGB-Klausel hat folgende juristische Konsequenzen:

- Der Auftraggeber bleibt an seine eigene Klausel stets gebunden, muss sie also gegen sich gelten lassen, wenn es für den Auftragnehmer günstiger ist (sog. Günstigkeitsprinzip).
- Der Auftragnehmer wiederum darf sich darauf berufen, dass die Klausel unwirksam ist und stattdessen das Gesetz gilt.

Übertragen auf den speziellen Fall der „geprüften BPU“ ergeben sich hieraus drei denkbare Konstellationen:

- Variante 1: Kostenberechnung und geprüfte BPU decken sich. Dann stellt sich das Problem nicht. Abzurechnen ist nach dem ermittelten Betrag.
- Variante 2: Die geprüfte BPU ergibt niedrigere Beträge als die fachlich richtig erstellte Kostenberechnung. In diesem Fall greift die Unwirksamkeit der Klausel durch: Da die Regelung unwirksam ist, gilt § 6 HOAI und der Auftragnehmer darf verlangen, dass nach der fachlich richtigen Kostenberechnung abgerechnet wird; unberechtigte Kürzungen muss er sich bei der Honorarberechnung nicht gefallen lassen.
- Variante 3: Die geprüfte BPU fällt höher aus als die Kostenberechnung. Dann ist der Auftraggeber an seine eigene Klausel trotz Unwirksamkeit gebunden. Die Honorarberechnung erfolgt dann nach der vertraglichen Regelung, also nach den höheren Kosten aus der geprüften BPU.

Auf Kürzungen in der geprüften BPU, die fachlich falsch sind, muss man sich als Auftragnehmer also nicht einlassen und kann verlangen, dass das Honorar nach den fachlich korrekt errechneten Kosten ermittelt werden. Fachlich berechtigte Kürzungen in der BPU wird man hingegen berücksichtigen müssen, denn wenn diese Kürzungen berechtigt sind, ist die Kostenberechnung logischerweise unrichtig und überhöht.

#### c)

##### Welche Kosten sind dann nach HOAI anrechenbar?

Auf die umfangreichen Einzelfragen, welche Kosten bei Freianlagenplanungen im Einzelnen anrechenbar sind, kann im vorliegenden Dokument nicht vertieft eingegangen werden; dazu ist auf die üblichen HOAI-Kommentierungen zu verweisen. Deshalb nur einige Hinweise zu den wichtigsten Fragen:

- Ausgangspunkt ist § 38 Absatz 1 HOAI. Die Kosten der „Außenanlage“ (ein Begriff aus der DIN 276) sind immer voll anrechenbar.

- Ebenso sind die Kosten der in § 38 Absatz 1 HOAI explizit aufgelisteten Objekte anrechenbar.
- Ferner sind Kosten für Abbruchmaßnahmen, für Erschließungsmaßnahmen und für Kunstwerke anrechenbar, sofern der Landschaftsarchitekt diese fachlich geplant oder deren Ausführung überwacht hat (§ 38 Absatz 3 in Verbindung mit § 33 HOAI)
- Das Land Berlin hält häufig die Kostengruppe 540 (Technische Anlagen in Außenanlagen) für nicht anrechenbar. Das ist nach herrschender Auffassung in der Fachliteratur jedenfalls dann falsch, wenn sich der Landschaftsarchitekt gestalterisch / integrierend mit den Technischen Anlagen befassen musste. Einzelheiten hierzu sind der Broschüre des BDLA zur Kostengruppe 540 zu entnehmen, die im Oktober 2017 erscheint.

## 7.

### § 6.1.1 – mitzuverarbeitende Bausubstanz

Mitzuverarbeitende Bausubstanz ist nach § 4 Absatz 3 HOAI zwingend zu berücksichtigen, andernfalls droht eine gesetzwidrige Unterschreitung des HOAI-Mindestsatzes. Das Vertragsmuster ist insoweit schlecht gefasst und damit unklar:

#### a)

##### Zeitpunkt der Festlegung

Das Vertragsmuster ist so erstellt, dass in § 6.1.1 Beträge für die mitzuverarbeitende Bausubstanz eingetragen werden sollen. Der Vertrag wird aber in aller Regel ganz zu Beginn, jedenfalls in der Frühphase der Planungen ausgefüllt, wo man diese Beträge oft noch gar nicht kennen kann.

Deshalb ist auf die ausdrückliche Anweisung im Formblatt IV 6001 hinzuweisen (dort Abschnitt zu 6.1.1.):

**„Maßgeblicher Zeitpunkt dafür ist der Abschluss der Kostenberechnung, wenn diese nicht vorliegt, die Kostenschätzung.“**

Als Bieter sollte man also in der Verhandlung entweder – falls dies im Einzelfall schon möglich ist – auf die Festlegung klarer Beträge drängen und diese auch eintragen lassen; oder, wenn das noch nicht möglich ist, auf diese Handlungsanweisung verweisen und am Ende der LP 3 den Wert der mitzuverarbeitenden Bausubstanz ermitteln und festlegen.

#### b)

##### Was ist „mitzuverarbeitende Bausubstanz“ bei Freianlagen?

Nach dem Gesetz (§ 2 Absatz 7 HOAI) liegt mitzuverarbeitende Bausubstanz nur vor, wenn es sich um Teile der Freianlagen handelt und diese Bestandteile „durch Bauleistungen hergestellt“ wurden. Reine Vegetation ist also im Grundsatz nicht zu berücksichtigen. Für Grünflächen, die bereits Ergebnis einer landschaftsarchitektonischen Planung sind, wird man das mit guten Gründen anders sehen dürfen. Nach der amtlichen Begründung zur HOAI sollen ferner Vegetationsbereiche anrechenbar sein, die „in die Bausubstanz eingebunden und gestaltet sind, wie zum Beispiel begrünte Flachdächer“.

Sowohl beim „Ob“ als auch beim „Wieviel“ besteht Gestaltungsspielraum, den man je nach Verhandlungslage unterschiedlich nutzen kann. Zur Frage der zutreffenden Ermittlung des Wertes der mitzuverarbeitenden Bausubstanz muss auf die Kommentierungen zur HOAI verwiesen werden. Im Kern wird aber zunächst der fiktive Neubauwert des Bauteils ermittelt, anschließend ein Alterungsabschlag abgezogen und schließlich noch nach der „Befassungsintensität“ in den einzelnen Leistungsphasen differenziert. Dazu existieren Formeln und Ermittlungsvorschläge in der Fachliteratur. Der Aufwand zur Ermittlung ist häufig hoch und lohnt sich bei geringen Beträgen meist nicht. Es ist daher häufig

pragmatischer, mit dem Auftraggeber bei überschaubarem Umfang der mitzuverarbeitenden Bausubstanz Pauschalbeiträge zu vereinbaren.

Ergänzend kann auf die BDLA-Broschüre zu „Planen und Bauen im Bestand bei Freianlagen“ verwiesen werden.

Zu betonen ist: Die mitzuverarbeitende Bausubstanz ist, wenn es sie gibt, zwingender Bestandteil der anrechenbaren Kosten und somit des gesetzlichen Mindesthonorars. Sie ist rechtlich unabhängig vom Umbau- und Modernisierungszuschlag. Beide können also nebeneinander entstehen, wenn eine Freianlage umgebaut oder modernisiert wird. Allerdings ist der Umbauschlag nicht Teil des gesetzlich zwingenden Honorars und ist daher verhandelbar; es ist also legal, zum Beispiel einen angemessenen Betrag für die mitzuverarbeitende Bausubstanz und 0% Umbauschlag zu vereinbaren.

## **8.**

### **§ 6.2 – Honorarzonen**

In welche Honorarzone eine Freianlage einzuordnen ist, richtet sich nach der Objektliste in Anlage 11 zur HOAI und in Zweifelsfällen nach dem Punktesystem in § 40 HOAI. Vorrang hat das Punktesystem; die Objektlisten dienen nur der sog. Grobeinstufung. In Zweifelsfällen muss die Feineinstufung nach dem Punktesystem stattfinden und ist dann maßgeblich.

Vorgaben des Auftraggebers im Vergabeverfahren und Festlegungen im Vertrag sind deshalb im Regelfall irrelevant (feste Rechtsprechung des BGH). Wenn eine zu niedrige Honorarzone „diktiert“ wird, und dies führt rechnerisch zur Unterschreitung des zwingenden Mindesthonorars, so ist die Festlegung unwirksam, und an die Stelle der vertraglichen Festlegung tritt das HOAI-Mindesthonorar nach der dann zutreffenden Honorarzone (§ 7 Absatz 5 HOAI).

Dies aber nachträglich durchzusetzen, ist sehr Streitlastig. Für Bieter im Vergabeverfahren bedeutet das, dass man Vorgaben zur Honorarzone möglichst frühzeitig prüfen und thematisieren sollte. Wenn sich herausstellt, dass trotz zu niedriger Festlegung keine Bereitschaft zur Anpassung besteht, kann man den Vertrag im Prinzip trotzdem unterschreiben, muss sich aber im Klaren sein, dass es zu Konflikten führen kann, diese Diskussion nachträglich zu führen. Rein rechtlich besteht aber der Anspruch auf Einstufung in die objektiv zutreffende Honorarzone, wenn das Honorar andernfalls – also nach der vertraglich vorgesehenen Honorarzone – den Mindestsatz unterschreiten würde.



## 9.

### § 6.3 – Honorarsatz

Der sog. Honorarsatz kommt in der jeweiligen Honorartafel mit den Worten „von“ und „bis“ zum Ausdruck. Der „von“-Satz ist der gesetzliche Mindestsatz; der „bis“-Satz ist der Höchstsatz. Es ist ein Grundprinzip der HOAI, dass die Vertragspartner diese Honorarbandbreite für Verhandlungen nutzen und den Honorarsatz also frei aushandeln dürfen und sollen.

Das hat zwei Konsequenzen:

- Einerseits gibt es kein rechtliches Argument dafür, dass in einem konkreten Projekt der Mittelsatz, der Dreiviertelsatz oder gar der Höchstsatz rechtlich „richtig“ wäre und also vereinbart werden muss. Auch die Punktzahlen, die bei der Ermittlung der Honorarzone herauskommen (siehe oben), dienen rechtlich betrachtet nur der Ermittlung der Honorarzone, aber nicht der Ermittlung eines „richtigen“ Honorarsatzes.

Trotzdem kann man ein hohes Punkteergebnis, das zum Beispiel an der Grenze zwischen Honorarzone III und IV liegt, als Argument dafür heranziehen, das man einen höheren Satz als den Mindestsatz vereinbaren möchte. Einen Rechtsanspruch darauf gibt es aber nicht.

- Umgekehrt ist die oft von Vergabestellen geäußerte These, man „könne“ oder „dürfe“ nicht mehr als den Mindestsatz bezahlen, rechtlich nicht zu begründen. Die Weigerung, mehr als den Mindestsatz zu vereinbaren, ist reine Verhandlungshaltung, beruht in der Regel auf behördeninternen Vorgaben, hat aber keine rechtliche Grundlage in dem Sinne, dass man aus juristischen Gründen nicht mehr als den Mindestsatz zahlen dürfe.

Das gilt ausdrücklich auch in den Fällen, in denen Fördermittel im Spiel sind. In praktisch allen Fördermittelbescheiden findet sich die mehr oder weniger wortgleiche Nebenbestimmung, dass bei Architekten- und Ingenieurleistungen die Honorarzone III, Mindestsatz förderfähig sei und höhere Honorare eines sachlichen Grundes bedürften. Das heißt aber: Wenn es solche Gründe gibt, dann ist das höhere Honorar auch förderfähig. Je nach Art des Projekts und der geforderten Leistungen kann es sich deshalb lohnen, einen höheren Satz als den Mindestsatz anzubieten und dies dann aber auch fundiert zu begründen.

Wenn es also im Vergabeverfahren darum gehen sollte, einen höheren als den Mindestsatz zu vereinbaren, so kann man sich als Bieter auf die Verwaltungsanweisungen im Formblatt IV 6001, dort Seite 5 stützen. Dort findet sich ein längerer Katalog von Gründen, die eine Erhöhung des Mindestsatzes rechtfertigen können.

## 10.

### § 6.5 – Umbauszuschlag

Ein Umbauszuschlag entsteht nach §§ 2, 6 HOAI, wenn eine vorhandene Freianlage durch wesentliche Eingriffe in Konstruktion oder Bestand umgestaltet wird. Das setzt also zunächst voraus, dass es bereits eine Freianlage gibt, also eine planerisch gestaltete Freifläche oder einen planerisch gestalteten Freiraum. Ist das nicht der Fall, so ist die Planung der Freianlagen ein Neubau und es entsteht kein Umbauszuschlag.

Liegt ein Umbau vor, so kann der Zuschlag frei verhandelt werden. Es gibt also keinen Rechtsanspruch darauf, dass mindestens 20 Prozent Umbauszuschlag bezahlt werden. Dieser Anspruch besteht nur, wenn es gar keine vertragliche Vereinbarung gibt und sich das Honorar allein nach der HOAI bemisst. Wenn aber der Vertrag eine Honorarvereinbarung enthält, dann ist das wirksam und bindend.

Die Obergrenze für den Umbauszuschlag beträgt nach §§ 40 Absatz 6, 36 HOAI maximal 33 Prozent. Dieser Prozentsatz dürfte aber in der Praxis nur sehr selten verhandelbar sein und hat deshalb keine große Bedeutung.

In den Vertragsverhandlungen, insbesondere, wenn man sich im Preiswettbewerb mit anderen Bietern befindet, sollte man sinnvollerweise mitzuverarbeitende Bausubstanz und Umbauszuschlag als „kommunizierende Röhren“ ansehen. Das heißt, man sollte durchrechnen, welches Honorar sich bei Ansatz welcher jeweiligen Werte ergäbe und wie sich dies zum zu erwartenden Aufwand verhält.

In der Vergabe wird nach meinen Erfahrungen ein hoher Umbauszuschlag meist als schlechter wahrgenommen bzw. bewertet als ein plausibel begründeter hoher Wert der mitzuverarbeitenden Bausubstanz. Hinzu kommt verhandlungstaktisch, dass man den Wert der mitzuverarbeitenden Bausubstanz nach dem Vertragstext in der Vergabe noch gar nicht thematisieren muss und trotzdem Anspruch auf spätere Berücksichtigung dieses Werts hat.



## 11.

### **§ 6.8 – Honorarregelung bei anrechenbaren Kosten über 1,5 Mio €**

Liegen die anrechenbaren Kosten über 1,5 Mio Euro netto, so gilt die HOAI nicht; das Honorar kann dann frei verhandelt werden (§ 7 Absatz 2 HOAI). Das gilt auch „rückwirkend“, wenn man anfangs von Kosten unter 1,5 Mio ausging und in der Kostenberechnung dann höhere Beträge herauskommen.

Daraus ergeben sich drei Praxishinweise:

#### **a)**

#### **1,5 Mio € für ein Objekt oder für mehrere?**

Die Schwelle von 1,5 Mio Euro gilt jeweils pro Freianlage. Wenn es sich um mehrere Freianlagen handelt, dann ist nach § 11 Absatz 1 HOAI jede Freianlage getrennt abzurechnen (siehe oben zu § 1.1). In diesem Fall werden mit einiger Wahrscheinlichkeit die einzelnen Freianlagen, für sich bewertet, jeweils anrechenbare Kosten von unter 1,5 Mio Euro haben, so dass diese dann ganz normal nach HOAI (getrennt) abzurechnen sind.

Es entspricht meiner Erfahrung, dass die Aufteilung in mehrere Freianlagen auf Auftraggeber-Seite häufig auf Widerstand stößt. Das Vertragsmuster ist hierauf aber in § 1.1, 6.1.1, 6.2, 6.4 und 6.5 explizit ausgerichtet, deshalb sollte man, wenn mehrere Freianlagen vorliegen, auf die Aufteilung bestehen. (näheres siehe oben zu § 1.2)

#### **b)**

#### **Anpassung des Vertrages bei Entwicklung der Kosten**

Sollten sich die Kosten bis zur LP 3 so fortentwickeln, dass abweichend von der anfänglichen Annahme die Schwelle der 1,5 Mio Euro erst mit der Kostenberechnung überschritten wird, so sollte man nicht vergessen, dass die Regelung in § 6.8 nachträglich ausgefüllt und somit vervollständigt wird. Denn andernfalls fehlt es an einer wirksamen Honorarvereinbarung, was die Abrechnung verkompliziert (dazu unten).

#### **c)**

#### **Verwendung der Fortschreibungstabelle**

Liegt ein Fall der Überschreitung der 1,5 Mio Euro vor, so bietet die ABau mit dem Formblatt IV 6003 ein Instrument für die Honoraranpassung. In diesem Formblatt findet sich eine Honorartabelle für Objekte mit Kosten > 1,5 Mio Euro.

Am 7.9.2017 ist diese erweiterte Honorartafel jedoch per Senatsrundschriften aufgehoben worden.

Als Begründung wird die fehlende Einzelfallbezogenheit aufgeführt, die durch die Fortschreibungstabellen nicht geleistet sei. Grund für dieses Vorgehen könnten die Sorgen durch das laufende EU-Vertragsverletzungsverfahren gegen die HOAI sein, die hier vorauseilend beseitigt werden sollen.

Wenn künftig in der ABau eine standardisierte Tabelle fehlt und der Vertrag dazu nichts regelt, gilt für Projekte mit anrechenbaren Kosten > 1,5 Mio Euro, dass es keine ausdrückliche Honorarvereinbarung gibt. Die rechtliche Folge ist nach § 632 BGB, dass die „übliche Vergütung“ zu zahlen ist. Bei Freianlagenprojekten der öffentlichen Hand entspricht es nach allen verfügbaren Informationen bundesweit dem üblichen Standard, mit Fortschreibungstabellen zu arbeiten. Auch wenn diese also in der ABau als Verwaltungsanweisung nicht mehr explizit enthalten sind, besteht nach Einschätzung des BDLA über § 632 BGB trotzdem ein Rechtsanspruch auf Abrechnung nach dieser Tabelle, wenn im Vertrag nichts anderes vereinbart ist.

Um aber Unklarheiten insoweit zu vermeiden, sollte möglichst zu Projektbeginn, spätestens aber, sobald erkennbar wird, dass die Grenze von 1,5 Mio Euro überschritten wird, sofort für eine ausdrückliche vertragliche Regelung gesorgt werden. Auch nach Entfernung der Fortschreibungstabellen aus der ABau bleibt es vertraglich möglich, diese zu vereinbaren. Alternativ sollte auf die RiFT-Tabelle Freianlagen zurückgegriffen werden. Der Mustervertrag sieht die Möglichkeit einer Vereinbarung ausdrücklich vor.

#### **d)**

#### **Was gilt, wenn § 6.8 irrtümlich nicht ausgefüllt wurde?**

Liegt ein Fall der Überschreitung der 1,5 Mio Euro vor, aber Auftraggeber und Auftragnehmer haben § 6.8 nicht ausgefüllt, dann gibt es zunächst einmal keine gesetzlich zwingende Tabelle, aus der man das Honorar ablesen könnte, denn die HOAI-Tabelle endet schlicht bei 1,5 Mio Euro. Das kann bei späteren Meinungsverschiedenheiten über das Honorar zu ernststen Problemen führen, weil nicht klar definiert ist, wie abzurechnen ist.

Rechtlich betrachtet fehlt es in diesem Fall an einer wirksamen Honorarvereinbarung. Das macht den Vertrag nicht unwirksam, sondern der Auftragnehmer hat dann nach § 632 BGB Anspruch auf die „übliche Vergütung“.

Was ist die „übliche Vergütung“? Bei Projekten öffentlicher Auftraggeber über die Planung von Freianlagen mit anrechenbaren Kosten > 1,5 Mio Euro ist es nach allen mir vorliegenden Informationen und Erfahrungen „üblich“ im Sinne von § 632 BGB, das Honorar nach der RiFT-Tabelle zur Honorarfortschreibung zu berechnen. Ich kenne kein Projekt dieser Größenordnung, in dem anders abgerechnet wurde. Deshalb bin ich der Auffassung, dass in diesem Fall – wenn also § 6.8 nicht ausgefüllt wurde, aber die Grenze von 1,5 Mio Euro überschritten ist – über § 632 BGB ein Rechtsanspruch darauf besteht, dass nach der RiFT-Tabelle abgerechnet wird.

Auch aus der bloßen Existenz der Fortschreibungstabelle in der ABau kann man folgern, dass das Land diese Tabelle als die übliche Vergütung im Sinne von § 632 BGB einstuft. In den Verwaltungsanweisungen (Formblatt IV 6001, dort Seite 7) findet sich die Vorgabe, dass bei Überschreitung der Grenze von 1,5 Mio Euro die Fortschreibungstabelle verwendet werden soll.

## 12.

### § 6.10 – Honorar bei Leistungsänderungen

Diese Regelung muss man genau lesen. Sie regelt nicht, dass Leistungsänderungen durchweg nach Zeithonorar zu bezahlen sind. Eine solche Regelung wäre auch in den meisten Fällen HOAI-widrig, weil das Zeithonorar viel zu niedrig ausfallen würde.

Die Regelung besagt ausdrücklich, dass Zeithonorar für Leistungsänderungen nur anfällt, wenn diese Leistungen „nicht über die v.H.-Sätze honoriert werden können“. Das bedeutet: Wenn Grundleistungen wiederholt werden, dann wird dies nach diesen HOAI-Prozentsätzen und nicht nach Zeithonorar vergütet.

Dies zu beachten und konsequent umzusetzen, kann zu erheblichem Zusatzhonorar führen. Die Regelung steht im Einklang mit § 10 HOAI. Wenn also eine Projektänderung eintritt, dann sind die wiederholt angefallenen Leistungen durch zusätzliche Prozentpunkte abzurechnen.

Zur Art und Weise der Abrechnung siehe unten im Abschnitt 13.b.

## 13.

### Wichtige Regelungen, die im Vertragsmuster Freianlagen fehlen

In dem Vertragsmuster fehlen eine Reihe von Regelungen, über die man jedenfalls bei größeren Projekten nachdenken und die man in die Verhandlung einbringen sollte. Die wichtigsten sind folgende:

#### a) Honoraranpassungen bei Verlängerung der Planungszeit oder der Bauzeit

In früheren Versionen der ABau-Verträge waren Regelungen enthalten, nach denen der Auftragnehmer ab einer bestimmten Verlängerung der Planungs- oder Bauzeit seine Mehrkosten erstattet bekommen sollte. Diese Regelungen sind im Vertragstext entfallen. Stattdessen findet sich nur noch in den Verwaltungsanweisungen (Formblatt IV 6001, dort Seiten 3 und 4) der Hinweis, dass Honoraranpassungen verhandelt werden können. Der Text bezieht sich dort auf einen § 3.4, den es aber gar nicht mehr gibt (eben weil er gestrichen wurde).

Das bedeutet aber nicht, dass man darüber nicht verhandeln dürfte. Gerade bei Projekten, die sich absehbar hinziehen werden, kann es elementar werden, sich schon im Vergabeverfahren gegen extreme Verlängerungen abzusichern. Denn ohne eine vertragliche Regelung besteht nach derzeitigem Stand der Rechtsprechung keine realistische Erfolgsaussicht, Zusatzhonorar wegen verlängerter Planungs- oder Bauzeit durchzusetzen; die gesetzlichen Anforderungen hierfür sind so hoch, dass man sie als Auftragnehmer in aller Regel nicht erfüllen kann. Deshalb ist eine vertragliche Regelung wichtig.

Dafür sollte man dann folgendes möglichst klar und deutlich regeln, und zwar möglichst vor Vertragsschluss:

- Von welcher Planungsdauer gehen Auftraggeber und Auftragnehmer übereinstimmend aus?
- Die Planungszeit sollte entweder in Monaten festgelegt werden, oder es erfolgt eine Bezugnahme auf den Projektablaufplan und die dortigen Angaben zu den einschlägigen Leistungsphasen.
- Von welcher Bauzeit gehen Auftraggeber und Auftragnehmer übereinstimmend aus (Zeitraum in Monaten)?

Gleiches Prozedere wie zur Planungszeit, siehe oben.

- Wieviel „Karenzzeit“ wird vereinbart? Also der Verlängerungszeitraum, den man als Auftragnehmer noch ohne Zusatzhonorar hinnimmt.

In vielen Verträgen der öffentlichen Hand wird ein Pufferzeitraum von „... Monate, maximal 20% der vereinbarten Bauzeit“ festgelegt. Wie lang die Karenzzeit im konkreten

Projekt sein sollte, hängt vom Projekt ab und ist Verhandlungssache.

- Wie berechnet sich das Zusatzhonorar ab Überschreitung dieser jeweiligen Maximalgrenze?

Die meisten Vertragsmuster sehen nur einen Anspruch auf „Erstattung der nachgewiesenen Mehrkosten“ vor. Das ist wegen der Kostenstruktur kleinerer und mittlerer Architekturbüros erfahrungsgemäß unpraktikabel und führt zu Streit über zahlreiche Details. Deshalb bietet sich an, hier Pauschalbeträge zu vereinbaren, die sich im Idealfall wie folgt errechnet:

Honorar für kalkulierte Bauzeit  
plus Karenzzeit in € netto  
..... =  
Pauschalbetrag pro Monat  
Zahl der kalkulierten Monate  
der Bauzeit

#### **b) Regelungen zur Honorarhöhe bei Umplanungen und Wiederholungsleistungen**

Der Vertrag schweigt zu diesem Thema. Er regelt nur in § 6.10 das „Ob“, aber das „Wie“ wird nur angedeutet. Sinnvollerweise bietet sich an, folgendes zu regeln:

**„Der Anspruch auf Zusatzhonorar richtet sich nach den anrechenbaren Kosten der dann umgeplanten Freianlage, den übrigen vereinbarten Honorarparametern und den Teilprozentpunkten der Wiederholungsleistungen. Diese werden auf der Grundlage der Anlage zu § 3 und ggf. ergänzend anhand der Siemon-Tabelle Freianlagen ermittelt.“**

Wenn im ursprünglichen Vertrag dazu keine Regelung getroffen wurde, dann kann es bei wesentlichen Verzögerungen sinnvoll sein, sich auch nachträglich auf die Passage in den Verwaltungsanweisungen (Formblatt IV 6001, dort Seite 3 und 4) zu berufen. Dort wird die Verwaltung ausdrücklich ermächtigt, eine zusätzliche Vergütung zu vereinbaren, wenn sich die Bauzeit verlängert hat.

#### **c) Abrechnung von Wiederholungsleistungen**

Vertrag und auch § 10 HOAI enthalten keine ausreichenden Regelungen zum „Wie“ der Abrechnung von Wiederholungsleistungen.

Unrichtig und meist deutlich zum Nachteil des Auftragnehmers ist es, bei Projektänderungen, nur die erhöhten anrechenbaren Kosten anzusetzen. Das ist deshalb unrichtig, weil § 10 HOAI recht deutlich vorsieht, dass die Wiederholungsleistun-

gen nach den Teilprozentpunkten der betroffenen Leistungsphase bewertet wird. Eine strukturell richtige Abrechnung von Wiederholungshonorar sieht – mit Abweichungen je nach Einzelfall – im Prinzip wie folgt aus:

- Rechnungsabschnitt 1: Leistungen bis zum Eintritt der Projektänderung
  - Anrechenbare Kosten der Freianlage gemäß Kostenberechnung
  - Zutreffende Honorarzone und vereinbarter Honorarsatz
  - Teilprozentpunkte der bis dahin erbrachten Teilleistungen
- Rechnungsabschnitt 2: Abrechnung der Wiederholungsleistungen
  - Anrechenbare Kosten der Freianlage insgesamt nach dem Ergebnis der durch die Projektänderung angepassten Kostenberechnung (das kann mehr oder weniger sein)
  - Zutreffende Honorarzone und vereinbarter Honorarsatz
  - Teilprozentpunkte für die angefallenen Wiederholungsleistungen, ermittelt anhand einer Splittertabelle (Siemon oder Simmendinger); ermittelt werden die Leistungen, für die man in der Planung in zurückliegende Phasen gehen oder eine laufende Phase wiederholen musste.
- Rechnungsabschnitt 3: Abrechnung der übrigen Leistungen
  - Anrechenbare Kosten der Freianlage insgesamt nach dem Ergebnis der durch die Projektänderung angepassten Kostenberechnung
  - Zutreffende Honorarzone und vereinbarter Honorarsatz
  - Restliche vertragliche Prozentpunkte nach Beendigung der Wiederholungsleistungen

C.

## HINWEISE ZU DEN VERTRAGSANLAGEN

1

### Allgemeine Vertragsbedingungen – AVB Hochbau

Nach den Vorgaben der ABau sollen auch für die Freianlagenplanung die AVB Hochbau gelten. Das ist eine strukturelle Schwäche des Vertragswerks, weil diese AVB in Teilen zu Freianlagenplanungen nicht passen.

In den hier vorliegenden Erläuterungen beschränke ich mich auf die wichtigsten Hinweise.

a)

#### § 5 AVB – Urheberrecht

Die Regelung zum Urheberrecht und zu den Nutzungsrechten ist nicht mit der Struktur der gestuften Beauftragung abgestimmt. Das führt dazu, dass die derzeitige Regelung maximal auftraggeberfreundlich ist: Nach § 5 AVB überträgt der Auftragnehmer sofort alle Urheber- und Nutzungsrechte auf den Auftraggeber, also gewissermaßen schon mit Unterschrift unter dem Vertrag.

Das ist insbesondere dort kritisch, wo zunächst nur die Auftragsstufe 1 vergeben wird (Leistungsphasen 1 und 2). Die Regelung hätte zur Folge, dass der Auftraggeber die Zusammenarbeit nach der Leistungsphase 2 beenden könnte, dann aber trotzdem die Rechte an der Vorplanung hätte und den Entwurf mit anderen Planern umsetzen darf. Jedenfalls in dieser Konstellation, und wenn es um urheberrechtlich geschützte Planungen geht, drängt sich eine Anpassung auf, etwa in der Form, dass die Übertragung der Rechte frühestens nach Abschluss der Leistungsphase 3 und der Bezahlung des Honorars hierfür stattfindet.

b)

#### § 9 AVB – Abnahme

Auftragnehmer sollten die Regelung in § 9 Absatz 1 aktiv nutzen. Dort ist ein Anspruch auf Teilabnahme sogar schon nach der Entwurfsplanung und nach der Genehmigungsplanung geregelt. Das muss man allerdings verlangen und die Abnahme dann auch durchführen. Der Vorteil ist, dass die Gewährleistungsfrist zu laufen beginnt, was gerade bei größeren Projekten, die sich über längere Zeiträume erstrecken, nicht zu unterschätzen ist.

Ferner besteht ein Anspruch auf Teilabnahme nach der LP 8, wenn die LP 9 mit beauftragt ist. Diese Teilabnahme sollte man unbedingt praktizieren, denn andernfalls beginnt zwar für die Bauunternehmen die Gewährleistungsfrist zu laufen, aber

für den Landschaftsarchitekten erst nach Abschluss der LP 9, also vier Jahre später.

Eine Teilschlussrechnung oder die Zahlung des Auftraggebers auf die Teilschlussrechnung ist nicht mit einer solchen Teilabnahme gleichzusetzen (Rechtsprechung des BGH). Deshalb sollte man die Teilabnahme aktiv verlangen und dann auch durchführen.

c)

#### § 10 AVB – Ausschluss von Nachforderungen nach Schlussrechnung

Die Regelung in § 10 Absatz 3 AVB ist vermutlich wirksam, jedenfalls kann man sich als Auftragnehmer nicht auf die Unwirksamkeit verlassen. Das bedeutet, dass man in der Teilschlussrechnung und der Schlussrechnung auf keinen Fall Leistungen vergessen sollte, denn wenn man dies tut, und die Schlussrechnung wird bezahlt, wären spätere Korrekturen ausgeschlossen.

## **2.**

### **Formblatt Baukostenobergrenze (IV 406 F)**

Grundsätzliches zur Baukostenobergrenze siehe oben in Teil A, dort § 2.4.

Im Formblatt IV 406 F werden die konkreten Festlegungen der Baukostenobergrenze getroffen. Hier ist von Seiten des Auftragnehmers, wenn denn eine solche BKO vereinbart werden soll, größte Sorgfalt gefordert:

#### **a)**

##### **Zeitpunkt**

Die Vereinbarung sollte möglichst niemals vor Beendigung der LP 3 erfolgen; dies sollte ausgehandelt werden, weil die Vereinbarung einer Baukostenobergrenze auf der Grundlage der Kostenschätzung sehr riskant ist.

#### **b)**

##### **Festlegungen zur Höhe und zu den Kostengruppen**

Das derzeitige Formular ist missverständlich. Beim Ausfüllen muss man hier aufpassen.

Im ersten Schritt heißt es, es werde eine BKO vereinbart, die sich auf die „Gesamtbaukosten brutto, ohne Grundstücks- und Finanzierungskosten“ bezieht. Das entspricht den Kostengruppen 200 bis 600 und sogar in Teilen der KG 700 (!) Das Formular verlangt also vom Landschaftsarchitekten als „Normalfall“, dass er eine werkvertragliche Zusage zu Kosten macht, die dann u.a. von den Honoraren der übrigen Planer beeinflusst wird (KG 700, ferner von Hochbaukosten und Kosten der Technischen Ausrüstung). Es ist kein Wunder, dass solche Klauseln gerichtlich angegriffen und als unangemessen bezeichnet werden. Bisher haben solche Klagen noch keinen Erfolg gehabt, aber dass die Risikoverteilung bei einer solchen Formulierung der Baukostenobergrenze unangemessen ist, liegt auf der Hand.

Nur als Option zum Ankreuzen ist vorgesehen, dass die Baukostenobergrenze auf die Kostengruppen beschränkt wird, „für die dem Fachplaner Leistungspflichten übertragen werden“. Landschaftsarchitekten sind zwar keine Fachplaner im Sinne der HOAI, aber es sollte unbedingt darauf gedrängt werden, dass die Baukostenobergrenze, wenn sie denn schon vereinbart werden muss, nach dieser Variante vereinbart wird, also beschränkt auf die Kostengruppen 200 und 500.

#### **c)**

##### **Sonstige Vereinbarungen**

Das Formblatt sieht ein (sogar recht groß gehaltenes) Feld für zusätzliche Vereinbarungen vor. Dieses Feld sollte man nutzen:

Bei jedem Projekt gibt es Kostenrisiken, die man als Landschaftsarchitekt nicht beherrschen kann – zum Beispiel Mehrkosten aus dem Baugrund, den man am Anfang noch nicht

beurteilen kann, oder Kostenrisiken aufgrund der Entwicklung von Baupreisen. Es ist rechtlich zulässig und dringend zu empfehlen, diejenigen Risiken, die man bereits absehen kann, aufzulisten und festzuhalten, dass Kostenüberschreitungen, die hierdurch entstehen, nicht als Mangel der Architektenleistung gelten.

### 3.

#### **Formblatt Spezifische Leistungspflichten (Anlage zu § 3)**

Das Formblatt IV 6002 F „spezifische Leistungspflichten der Objektplanung für Freianlagen“ ist letztlich nichts anderes als die abgetippte Anlage 11 zur HOAI mit den dortigen Leistungsphasen 1 bis 9, aber ergänzt um zahlreiche Konkretisierungen der einzelnen Leistungspflichten. Da Auftraggeber und Auftragnehmer rechtlich betrachtet bei der Beschreibung der Leistungspflichten völlig frei sind, muss man zunächst davon ausgehen, dass alle Festlegungen in diesem Formblatt wirksam sind. Das bedeutet für die Angebotskalkulation und Vertragsverhandlung folgendes:

##### **a)**

#### **Aufwandskalkulation**

Wenn mit dem Leistungskatalog noch keine konkreten Erfahrungen gemacht wurden, sollte man ihn gründlich lesen und für sich bewerten, denn die Vorgaben sind wie gesagt wirksam, wenn sie einmal vereinbart sind: Alle vom Auftraggeber angekreuzten Leistungen sollten in eine zumindest grobe Aufwandskalkulation einfließen. Dies gerade deshalb, weil manche der dortigen Leistungen bei genauem Hinsehen nicht deckungsgleich mit den HOAI-Grundleistungen sind und deutlich größeren Aufwand verursachen können, zum Beispiel bei der Kostenkontrolle in den einzelnen Leistungsphasen.

##### **b)**

#### **Kein gesetzliches Mindesthonorar für Besondere Leistungen**

Schließlich scheint mir folgender rechtlicher Hinweis (oder folgende Warnung) sinnvoll: Alles, was keine Grundleistung ist, kann man – rein rechtlich betrachtet – für 0,00 Euro anbieten und vereinbaren. Genau dies findet mit dem Leistungskatalog statt, denn er enthält manches, was über den Grundleistungskatalog der HOAI hinausgeht, aber die Prozentsätze werden dafür nicht angepasst. Wenn dieser Leistungskatalog einmal so vereinbart ist, und das im Vertrag vereinbarte Honorar für die Grundleistungen respektiert den gesetzlichen Mindestsatz, dann ist das Honorar bindend, und zwar auch für die über die Grundleistungen hinausgehenden Besonderen oder Zusätzlichen Leistungen.

Dessen muss man sich bewusst sein. Es hat keine Erfolgsaussichten, nachträglich zu argumentieren, bestimmte dort aufgeführte Leistungen gingen doch über den HOAI-Grundleistungskatalog hinaus. Das stimmt zwar, aber wenn man dafür ein bestimmtes Honorar angeboten hat, hat man dafür keinen Zusatzanspruch, denn solche von vornherein beschriebene und vereinbarte Zusatzleistungen kann man wie gesagt für 0,00 Euro anbieten; das bleibt dann bindend.

Es muss also darauf geachtet werden, dass echte Besondere Leistungen im jeweiligen Feld beschrieben und mit ei-

ner ausdrücklichen Honorarregelung versehen werden. Für die „versteckten“ Besonderen Leistungen im vorgegebenen Leistungskatalog muss man prüfen und ggf. verhandeln, ob dafür zusätzliche Prozentpunkte oder andere Zuschläge vereinbart werden – oder man nimmt die Prozentpunkte für die HOAI-Grundleistungen so hin; dann sind aber Nachberechnungen nicht möglich.

Mitunter stehen Vergabestellen auf dem Standpunkt, dass mit dem Formblatt „Spezifische Leistungspflichten“ ein Honorar von maximal 100 Prozentpunkten vereinbart werden dürfe. So steht das auch in den Verwaltungsanweisungen (Formblatt IV 6001, Seite 5). Das stimmt so nur bedingt: Die Obergrenze von 100 Prozent gilt sicherlich für HOAI-Grundleistungen, so wie sie in der Anlage 11 zur HOAI aufgeführt sind. Das Formblatt „Spezifische Leistungspflichten“ geht aber über den Leistungskatalog der Anlage 11 zur HOAI an vielen Stellen hinaus. Bei diesen weiteren Leistungen handelt es sich, siehe oben, um zusätzliche oder Besondere Leistungen, für die man selbstverständlich ein zusätzliches Honorar vereinbaren darf, zum Beispiel in Form zusätzlicher Honorarprozentpunkte.

Der Weg des geringeren Widerstandes dürfte allerdings darin bestehen, keine „Formblatt-Diskussion“ zu führen, sondern für Leistungen, die gefordert sind und die klar über den HOAI-Grundleistungskatalog hinausgehen, auf einer gesonderten Anlage zum Vertrag eine getrennte Honorarregelung zu treffen.

