# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

## VERSÄUMNISURTEIL

VII ZR 13/02

Verkündet am:
25. September 2003
Fahrner,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

HOAI § 7 Abs. 3, BGB § 138

Die HOAI enthält zur Nebenkostenpauschale keine preisrechtlichen Beschränkungen.

Maßstab für die Wirksamkeit der Vereinbarung über die Nebenkostenpauschale ist § 138 BGB.

BGH, Versäumnisurteil vom 25. September 2003 - VII ZR 13/02 - Kammergericht
LG Berlin

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. September 2003 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler und die Richter Hausmann, Dr. Wiebel, Dr. Kuffer und Bauner

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 26. Zivilsenats des Kammergerichts vom 3. Dezember 2001 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als in Höhe von 32.632,26 DM (Nebenkostenpauschale) zu seinem Nachteil erkannt worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

## Tatbestand:

Die Kläger begehren vom Beklagten die Rückzahlung von Architektenhonorar.

Der Beklagte erbrachte für die Kläger Architekten- und Ingenieurleistungen hinsichtlich eines Bauvorhabens. Nach dem schriftlichen Vertrag hatten die Kläger eine Nebenkostenpauschale von 10 % des Nettohonorars zu zahlen. Im Sommer 1993 erstellte der Beklagte seine Schlußrechnung. Sie wurde geprüft und bezahlt.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Die Kläger sind der Meinung, die Schlußrechnung des Beklagten sei überhöht und die Vereinbarung über die Nebenkostenpauschale unwirksam. Das Landgericht hat der Klage auf Zahlung von rund 230.000 DM stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das Berufungsgericht den Klägern 194.298,97 DM und Zinsen zugesprochen. Dagegen richtet sich die Revision des Beklagten, die der Senat nur insoweit angenommen hat, als der Beklagte zur Rückzahlung der Nebenkostenpauschale von 32.632,26 DM verurteilt worden ist.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat im Umfang der Annahme Erfolg. Sie führt insoweit zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Das für das Schuldverhältnis maßgebliche Recht richtet sich nach den bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Gesetzen (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

I.

Das Berufungsgericht führt aus, die Vereinbarung der Parteien über die Nebenkostenpauschale sei unwirksam. Diese sei mit 10 % des Nettohonorars deutlich überhöht. Die Parteien seien insoweit nicht völlig frei, sondern müßten dem Höchstpreischarakter der HOAI Rechnung tragen. Die Grenze liege dort, wo die Pauschalvereinbarung in krassem Mißverhältnis zu den tatsächlich entstandenen Nebenkosten stehe und die Wirksamkeit der Vereinbarung dazu führen würde, daß der Höchstpreischarakter der HOAI umgangen werde. Diese

Voraussetzungen lägen vor. Die in § 7 Abs. 2 Nr. 3 bis 6 HOAI aufgezählten Nebenkosten seien von vornherein nicht in Betracht gekommen. Nach eigenem Bekunden habe der Beklagte weder ein Baustellenbüro eingerichtet oder unterhalten noch umfängliche Fahrtkosten aufbringen müssen. Zu weiteren Nebenkosten sei nichts Näheres vorgetragen. Die überhöhte Pauschale könne nicht auf den vom Gericht für angemessen gehaltenen Satz reduziert werden.

II.

Das hält rechtlicher Nachprüfung im Wesentlichen nicht stand. Die Höchstpreisregelungen der HOAI sind für die Wirksamkeit der Vereinbarung über die Nebenkostenpauschale ohne Bedeutung. Diese ist an § 138 BGB zu messen. Sie ist nichtig, wenn sie gegen die guten Sitten verstößt. Ob dies hier der Fall ist, kann anhand der Feststellungen des Berufungsgerichts nicht beurteilt werden.

1. Gemäß § 7 Abs. 3 Satz 2 HOAI können die Parteien eines Architekten- oder Ingenieurvertrags bei Auftragserteilung schriftlich vereinbaren, daß die Nebenkosten nicht nach Einzelnachweis, sondern pauschal abgerechnet werden. Die Frage, welche Rechtsfolgen ein grobes Mißverhältnis zwischen der Pauschale und den tatsächlichen, niedrigeren Nebenkosten hat, wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beantwortet. Einerseits wird die Ansicht vertreten, die Vereinbarung über die Pauschale müsse dem Höchstpreischarakter der HOAI Rechnung tragen, sie sei bei einem auffälligen Mißverhältnis unwirksam (OLG Düsseldorf, BauR 1990, 640; Locher/Koeble/Frik, HOAI, 8. Aufl., § 7 Rn. 12). Andererseits wird argumentiert, die HOAI kenne keine Höchstpreise für Nebenkosten, die Vertragsfreiheit werde insoweit durch die HOAI nicht eingeschränkt (Werner/Pastor, Der Bauprozeß, 10. Aufl., Rn. 932).

2. Ob die Vereinbarung über eine Nebenkostenpauschale wegen deren Höhe unwirksam ist, beurteilt sich nach allgemeinem Vertragsrecht und damit nach § 138 BGB.

a) Die HOAI enthält hinsichtlich der Höhe der Nebenkosten keine preisrechtlichen Beschränkungen. § 7 Abs. 3 HOAI sagt nichts darüber, wie eine Pauschale zu bemessen ist. Die Preisbindung in § 4 HOAI ist ohne Bedeutung. Sie betrifft das Honorar. Die Nebenkosten sind nicht Bestandteil des Honorars. Sie sollen den Aufwand ausgleichen, der dem Architekten oder Ingenieur bei der ordnungsgemäßen Erfüllung seiner Aufgabe entsteht. Sie können, soweit sie erforderlich sind, neben dem Honorar geltend gemacht werden, § 7 Abs. 1 HOAI. Das gilt auch dann, wenn als Honorar bereits die in der HOAI vorgesehenen Höchstsätze vereinbart wurden (Locher/Koeble/Frik aaO Rn. 1; Pott/Dahlhoff/ Kniffka, HOAI, 7. Aufl., § 7 Rn. 1).

b) Maßstab für die Wirksamkeit der Vereinbarung über die Nebenkostenpauschale ist damit § 138 Abs. 1 BGB. Die Vereinbarung ist nichtig, wenn sie gegen die guten Sitten verstößt. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Pauschale zu den im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu erwartenden Nebenkosten objektiv in einem auffälligen Mißverhältnis steht und weitere Umstände hinzutreten, wie etwa eine verwerfliche Gesinnung des begünstigten Architekten oder Ingenieurs. Liegt ein grobes, besonders krasses Mißverhältnis vor, rechtfertigt dieser Umstand regelmäßig den Schluß auf eine verwerfliche Gesinnung und damit auf einen sittenwidrigen Charakter der Vereinbarung (vgl. BGH, Urteile vom 19. Januar 2001 - V ZR 437/99, BGHZ 146, 298, 301 und vom 22. Dezember 1999 - VIII ZR 111/99, NJW 2000, 1254). Bei der Beurteilung, ob ein solches Mißverhältnis gegeben ist und ob die subjektiven Voraussetzungen des § 138 Abs. 1 BGB erfüllt sind, ist auch die Unsicherheit der Pro-

gnose zu berücksichtigen, die im maßgeblichen Zeitpunkt hinsichtlich der zu erwartenden Nebenkosten besteht.

3. Der Senat kann nicht entscheiden, ob die Vereinbarung der Parteien über die Nebenkostenpauschale nach diesen Grundsätzen nichtig ist. Die Feststellungen des Berufungsgerichts zu den bei Vertragsschluß zu erwartenden Nebenkosten sind nicht ausreichend. Es hat seine Annahme, die Nebenkostenpauschale sei deutlich überhöht, nicht durch Zahlen belegt. Zudem hat der Beklagte entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts unwidersprochen vorgetragen, im Einverständnis beider Seiten sei ein Baubüro eingerichtet worden. Das Berufungsgericht berücksichtigt ferner nicht, daß dem Beklagten nicht nur die Leistungen der Phasen 1 bis 4 des § 15 Abs. 2 HOAI, sondern die der Phasen 1 bis 9 übertragen worden waren.

III.

Das Berufungsurteil kann somit keinen Bestand haben, soweit der Beklagte zur Rückzahlung der Nebenkostenpauschale verurteilt worden ist. Es ist insoweit aufzuheben, die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die Parteien haben Gelegenheit, zu den Voraussetzungen des § 138 BGB vorzutragen.

Für den Fall, daß das Berufungsgericht die Vereinbarung über die Nebenkostenpauschale erneut für nichtig hält, weist der Senat auf folgendes hin:

Eine Reduzierung der Nebenkostenpauschale auf einen angemessenen Satz kommt im Rahmen des § 138 BGB nicht in Betracht. Die Vereinbarung über die Pauschalierung ist insgesamt nichtig (vgl. BGH, Urteile vom

14. November 2000 - XI ZR 248/99, BGHZ 146, 37, 47, 48 und vom 21. März 1977 - II ZR 96/75, BGHZ 68, 204, 207).

Der Beklagte hat seine Nebenkosten dann nach Einzelnachweis abzurechnen.

Soweit sich der Beklagte auf Verwirkung und § 814 BGB beruft, sind diese Einwendungen durch die teilweise Nichtannahme seiner Revision erledigt.

Dressler Hausmann Wiebel

Kuffer Bauner