

TECHNISCHE
GEBÄUDEAUSRÜSTUNG

DIN

RECHT

Rolf Theißen, Eva Reininghaus

Rechtsfragen der Technischen Ausrüstung

Leistungsinhalte,
Honorierung nach HOAI,
Verträge



Beuth

Rechtsfragen der Technischen Ausrüstung

(Leerseite)



Dr. Rolf Theißen
Dr. Eva Reininghaus

Rechtsfragen der Technischen Ausrüstung

**Leistungsinhalte, Honorierung nach HOAI,
Verträge**

1. Auflage 2016

Herausgeber:
DIN Deutsches Institut für Normung e. V.

Beuth Verlag GmbH · Berlin · Wien · Zürich

© 2016 Beuth Verlag GmbH

Berlin · Wien · Zürich

Am DIN-Platz
Burggrafenstraße 6
10787 Berlin

Telefon: +49 30 2601-0
Telefax: +49 30 2601-1260
Internet: www.beuth.de
E-Mail: kundenservice@beuth.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheberrechts ist ohne schriftliche Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung in elektronischen Systemen.

Die im Werk enthaltenen Inhalte wurden vom Verfasser und Verlag sorgfältig erarbeitet und geprüft. Eine Gewährleistung für die Richtigkeit des Inhalts wird gleichwohl nicht übernommen. Der Verlag haftet nur für Schäden, die auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit seitens des Verlages zurückzuführen sind. Im Übrigen ist die Haftung ausgeschlossen.

Titelbild: © nostalgie, Benutzung unter Lizenz von shutterstock.com

Satz: Meta Systems Publishing & Printservices GmbH,
Wustermark

Druck: Media-Print, Paderborn

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier nach DIN EN ISO 9706

ISBN 978-3-410-25586-4

ISBN (E-Book) 978-3-410-25587-1

Autorenporträt

Dr. iur. Rolf Theißen

Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht. Lehrbeauftragter für Bau- und Vergaberecht an der Beuth Hochschule für Technik zu Berlin. Gründungsgesellschafter von TSP. Seit 2005 Vorsitzender des Fachanwaltsausschusses für Baurecht und Architektenrecht der Rechtsanwaltskammer Berlin. Langjährige bundesweite Beratung und Vertretung öffentlicher und gewerblicher Auftraggeber in den Bereichen Baurecht, Architekten- und Ingenieurrecht sowie Infrastrukturrecht. Mitherausgeber eines Kommentars zur HOAI sowie Autor zahlreicher weiterer Fachbuch-Veröffentlichungen. Seit mehr als 15 Jahren Vortrags- und Seminartätigkeit im Baurecht, Architekten- und Ingenieurrecht sowie Vergaberecht.



Dr. iur. Eva Reininghaus

Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht. 2001 bis 2010 Tätigkeit in einer überregionalen, auf Bau-, Immobilien- und Vergaberecht spezialisierten Wirtschaftskanzlei. Seit 2011 Partnerin bei TSP. Zahlreiche Fachveröffentlichungen, u. a. Autorin und Co-Autorin mehrerer Fachbücher; seit Jahren Vortragstätigkeiten im Bau- und Immobilienrecht. Ausgewiesene Expertise im privaten Baurecht sowie im Architekten- und Ingenieurrecht. Langjährige Beratung und Vertretung bekannter institutioneller Anleger sowie von Investment- und Fondsgesellschaften, desgleichen von Planungs- und Ingenieurgesellschaften mit den Schwerpunkten Vertragsgestaltung und baubegleitender Rechtsberatung.



Inhalt

Autorenporträt	1
Vorwort	7
1 Grundsätze des Ingenieurvertrags Technische Ausrüstung	8
1.1 Zustandekommen des Ingenieurvertrags	8
1.1.1 Vertragsschluss – Akquisition	8
1.1.2 Stufenweise Beauftragung	10
1.1.3 Vorpellen	12
1.2 Inhalt des Ingenieurvertrags	12
1.3 Allgemeine Vertragsbedingungen	14
1.4 Unwirksamkeit des Ingenieurvertrags	17
1.5 Beendigung des Ingenieurvertrags	18
1.5.1 Freie Kündigung des Auftraggebers	18
1.5.2 Kündigung aus wichtigem Grund	18
1.5.3 Einvernehmliche Vertragsaufhebung	20
1.5.4 Unbeendeter Vertrag	20
1.5.5 Honorarberechnung nach Vertragsbeendigung	21
1.6 Abnahme	23
1.7 Herausgabe von Unterlagen	24
1.8 Mängelhaftung	25
1.8.1 Mangelbegriff	25
1.8.2 Mängelansprüche des Auftraggebers	26
1.8.3 Haftungsbereiche	29
1.8.4 Gesamtschuldnerische Haftung mit anderen Baubeteiligten	30
1.8.5 Verjährung von Mängelansprüchen	31
1.9 Vollmacht des Fachingenieurs Technische Ausrüstung	32
1.10 Honorarfragen	35
1.10.1 Vergütung gemäß § 632 BGB	35
1.10.2 Schlussrechnung	35
1.10.3 Verjährung des Honoraranspruchs	36
1.11 Sicherung des Honoraranspruchs	37
1.11.1 Sicherungshypothek nach § 648 BGB	37
1.11.2 Bauhandwerkersicherung nach § 648 a BGB	37

2	Inhalte des Ingenieurvertrags Technische Ausrüstung	39
2.1	Einführung	39
2.2	Vertragsmuster I: Ingenieurvertrag Technische Ausrüstung (auftragnehmerorientiert)	40
2.2.1	Hinweise und Erläuterungen	40
2.2.2	Mustervertragstext	45
2.3	Vertragsmuster II: Ingenieurvertrag Technische Ausrüstung (auftraggeberorientiert)	56
2.3.1	Hinweise und Erläuterungen	56
2.3.2	Mustervertragstext	64
2.4	Muster: Allgemeine Vertragsbestimmungen für Architekten- und Ingenieurleistungen (AVB)	84
3	Anlagengruppen der Technischen Ausrüstung	91
3.1	Einführung	91
3.2	Anlagengruppe 1: Abwasser-, Wasser- oder Gasanlagen	92
3.2.1	Abwasseranlagen	92
3.2.2	Wasseranlagen	93
3.2.3	Gasanlagen	94
3.3	Anlagengruppe 2: Wärmeversorgungsanlagen	94
3.3.1	Wärmeversorgungsanlagen nach DIN 276	94
3.3.2	Wärmeversorgungsanlagen nach HOAI-Objektliste	95
3.4	Anlagengruppe 3: Lufttechnische Anlagen	95
3.4.1	Lufttechnische Anlagen nach DIN 276	95
3.4.2	Lufttechnische Anlagen nach HOAI-Objektliste	96
3.5	Anlagengruppe 4: Starkstromanlagen	96
3.5.1	Starkstromanlagen nach DIN 276	96
3.5.2	Starkstromanlagen nach HOAI-Objektliste	98
3.6	Anlagengruppe 5: Fernmelde- oder informationstechnische Anlagen	98
3.6.1	Fernmelde- oder informationstechnische Anlagen nach DIN 276 ..	98
3.6.2	Fernmelde- oder informationstechnische Anlagen nach HOAI- Objektliste	99
3.7	Anlagengruppe 6: Förderanlagen	99
3.7.1	Förderanlagen nach DIN 276	99
3.7.2	Förderanlagen nach HOAI-Objektliste	99
3.8	Anlagengruppe 7: Nutzungsspezifische oder verfahrens- technische Anlagen	100

3.8.1	Nutzungsspezifische oder verfahrenstechnische Anlagen nach DIN 276	100
3.8.2	Nutzungsspezifische oder verfahrenstechnische Anlagen nach HOAI-Objektliste	101
3.9	Anlagengruppe 8: Gebäudeautomation	103
3.9.1	Gebäudeautomation nach DIN 276	103
3.9.2	Gebäudeautomation nach HOAI-Objektliste	103
4	Honorar	104
4.1	Allgemeine Grundlagen des Honorars	104
4.1.1	Überblick	104
4.1.2	Anrechenbare Kosten	105
4.1.2.1	Anrechenbare Kosten auf Grundlage der Kostenberechnung	105
4.1.2.2	Erstellung der Kostenberechnung je nach beauftragtem Leistungsumfang	106
4.1.2.3	Korrektur der Kostenberechnung	107
4.1.2.4	Kostenberechnung bei Leistungsänderungen	108
4.1.2.5	Auskunfts- und Herausgabeanspruch	109
4.1.2.6	Anrechenbare Kosten bei Leistungen, die nur Teile einer Anlage betreffen	109
4.1.3	Honorarzonen	110
4.1.3.1	Grundsätze der Zuordnung zu einer Honorarzone	110
4.1.3.2	Bewertungsmerkmale und Objektliste, § 56 Abs. 2 und 3	111
4.1.3.3	Verschiedene Honorarzonen bei Anlagen einer Anlagengruppe, § 56 Abs. 4 HOAI	112
4.1.4	Honorartafel, § 56 Abs. 1 HOAI	113
4.1.5	Umbau- oder Modernisierungszuschlag	114
4.1.5.1	Umbauten und Modernisierungen von Anlagen der Technischen Ausrüstung	115
4.1.5.2	Mitzuverarbeitende Bausubstanz	116
4.1.5.3	Honorarzone	117
4.1.5.4	Höhe des Honorarzuschlags	118
4.1.5.5	Vereinbarung des Umbau- und Modernisierungszuschlags	119
4.1.6	Kostenvereinbarungsmodell, § 6 Abs. 3 HOAI	119
4.1.7	Honorarvereinbarung	120
4.1.8	Honoraranspruch für Bauzeitverlängerung	120
4.2	Besondere Grundlagen des Honorars	122
4.2.1	Anrechenbare Kosten bei Leistungen der Technischen Ausrüstung	122

4.2.1.1	Ermittlung der anrechenbaren Kosten anhand der DIN 276	122
4.2.1.2	Kostengruppe 400 der DIN 276	123
4.2.1.3	Kosten für die nichtöffentliche Erschließung und Technische Anlagen in Außenanlagen	124
4.2.1.4	Kostengruppen der DIN 276 mit Bezug zur Technischen Ausrüstung	125
4.2.2	Zusammenfassen der anrechenbaren Kosten der Anlagen einer Anlagengruppe	126
4.2.3	Nutzungsspezifische Anlagen	127
4.2.4	Auftrag für unterschiedliche Objekte mit mehreren Anlagen, die funktional und technisch eine Einheit bilden, § 54 Abs. 2 HOAI ...	128
4.2.5	Auftrag für gleiche Anlagen für im Wesentlichen gleiche Objekte ..	131
4.2.6	Teile der Technischen Ausrüstung in Baukonstruktion ausgeführt ..	132
5	Leistungsbild Technische Ausrüstung	133
5.1	Einführung	133
5.2	Grundleistungen	135
5.2.1	Leistungsphase 1: Grundlagenermittlung	135
5.2.2	Leistungsphase 2: Vorplanung	137
5.2.3	Leistungsphase 3: Entwurfsplanung	142
5.2.4	Leistungsphase 4: Genehmigungsplanung	149
5.2.5	Leistungsphase 5: Ausführungsplanung	151
5.2.6	Leistungsphase 6: Vorbereitung der Vergabe	163
5.2.7	Leistungsphase 7: Mitwirkung bei der Vergabe	188
5.2.8	Leistungsphase 8: Objektüberwachung	192
5.2.9	Leistungsphase 9: Objektbetreuung	204
5.3	Besondere Leistungen des Fachplaners Technische Ausrüstung ...	206
5.3.1	Einführende Hinweise	206
5.3.2	Tabelle: Besondere Leistungen Technische Ausrüstung (Regelbeispiele)	207
5.3.3	Kommentierung ausgewählter Besonderer Leistungen	209
5.4	Exkurs: Dokumentation gemäß Richtlinie VDI 6026	213
Anhang I	HOAI 2013 – Auszug	219
	Fachplanung Technische Ausrüstung	219
	Abschnitt 2 Technische Ausrüstung	219
§ 53	Anwendungsbereich	219
§ 54	Besondere Grundlagen des Honorars	219

§ 55	Leistungsbild Technische Ausrüstung	220
§ 56	Honorare für Grundleistungen der Technischen Ausrüstung	221
Anlage 15	(zu § 55 Absatz 3, § 56 Absatz 3)	222
Anlage 15.2	Objektliste	231
Anhang II	Teilleistungstabelle zur HOAI 2013	239
	Fachplanung Technische Ausrüstung	239
	Rechtliche Grundlagen	239
	Fachplanung Technische Ausrüstung	240
	– Grundleistungen –	240
Anhang III	Bildung der Abrechnungseinheiten bei der Technischen Ausrüstung	247
	– AHO und GHV diskutieren –	247
Anhang IV	Gerichtsentscheidungen – Technische Ausrüstung –	262
	BGH, 24.01.2002 – VII ZR 461/00	262
	BGH, 12.01.2006 – VII ZR 293/04	265
	BGH, 28.07.2011 – VII ZR 4/10	273
	OLG Brandenburg, 05.11.1999 – 4 U 47/99	276
	OLG Düsseldorf, 25.10.2012 – 5 U 162/11 –	281
	Abkürzungsverzeichnis	289
	Stichwortverzeichnis	291

Vorwort

Der Investitionsanteil der Technischen Ausrüstung beträgt allein im Hochbau je nach Gebäudeart zwischen 25 % und 60 % der Gesamtbaukosten. Zudem ist eine steigende Komplexität der Projekte festzustellen. Die Forderungen nach zentraler Steuerung und zugleich individueller Regelbarkeit von Gebäudesystemen und Komponenten in Verbindung mit dem Wunsch der Nutzer nach Betriebseffizienz bedingen, dass die fachplanerische Bearbeitung der technischen Gewerke zunehmend umfassender wird. Auch die Koordination der Einzelgewerke sowie der weiteren fachlich Beteiligten ist deutlich komplexer geworden. Oftmals setzt eine notwendige integrale Planung zudem eine computeranimierte Darstellung voraus, und das notwendige „Schnittstellenmanagement“ ist nicht nur in Großprojekten zum praktischen Erfordernis geworden.

Diese erhöhten Anforderungen im Bereich der Planung und Überwachung des technischen Anlagenbaus legen zugleich einen stärkeren Fokus auf die rechtlichen Rahmenbedingungen, denen diese Projekte unterliegen. Das vorliegende Werk gibt einen systematischen Überblick über die wesentlichen zu beachtenden juristischen Aspekte. Es werden sowohl die vertragsrechtlichen als auch die honorarrechtlichen Komponenten dargestellt. Ferner wird der Leistungsinhalt der Fachplanung Technische Ausrüstung umfassend kommentiert. Ziel dieser Veröffentlichung ist es, die Fachplanung Technische Ausrüstung rechtssicherer zu gestalten, um so den Gesamterfolg einer Baumaßnahme zu fördern.

Berlin, Juli 2016

Dr. Rolf Theißen

Rechtsanwalt und Notar
Fachanwalt für Bau- und
Architektenrecht
Lehrbeauftragter für Bau-
und Vergaberecht

Dr. Eva Reininghaus

Rechtsanwältin
Fachanwältin für Bau-
und Architektenrecht

TSP Theißen Stollhoff & Partner mbB Rechtsanwaltsgesellschaft

1 Grundsätze des Ingenieurvertrags Technische Ausrüstung

1.1 Zustandekommen des Ingenieurvertrags

1.1.1 Vertragsschluss – Akquisition

- 1 Die Leistungen der Technischen Ausrüstung sind in aller Regel Gegenstand eines schriftlichen Vertrags. Da für den Abschluss eines Ingenieurvertrags grundsätzlich kein Schriftformerfordernis besteht, kann eine Beauftragung jedoch auch mündlich oder konkludent erfolgen.¹
- 2 Eine mündliche Beauftragung stellt den Ausnahmefall dar. Demgegenüber treten konkludente Beauftragungen in der Praxis häufig auf. Eine **konkludente Beauftragung** liegt vor, wenn der Fachplaner Leistungen erbringt und der Auftraggeber eine Beauftragung dadurch als seinem Willen entsprechend bestätigt, indem er die Ingenieurleistungen verwertet. Eine typische Konstellation besteht darin, dass der Auftraggeber Leistungen abfordert, der Fachplaner mit der Leistungserbringung beginnt, der Auftraggeber diese Leistungen auch entgegennimmt und die Vertragsparteien parallel einen schriftlichen Ingenieurvertrag abstimmen. Sofern sich die Vertragsparteien anschließend nicht auf den Inhalt eines schriftlichen Vertrags einigen können, kann eine konkludente Beauftragung vorliegen, jedoch ist Inhalt und Umfang des Vertrags nicht eindeutig festgelegt. Für den Fachplaner besteht daher das Risiko, dass er im Streitfall den Umfang der beauftragten Leistungen nicht oder nur teilweise beweisen kann. Im Gegenzug trägt der Auftraggeber das Risiko, Beschaffenheitsvereinbarungen zu beweisen.
- 3 Maßgeblich für eine konkludente Beauftragung ist eine Gesamtwürdigung aller Umstände. Sofern der Auftraggeber die Leistungen des Fachplaners verwertet, dokumentiert er in aller Regel seinen rechtsgeschäftlichen Willen zur Beauftragung. Dies gilt erst Recht dann, wenn er auf Abschlagsrechnungen des Fachplaners Zahlungen leistet. Als Verwertung der Leistung ist auch die Unterschrift unter Pläne des Fachplaners oder unter ein Baugesuch sowie die Verwendung einer Kostenermittlung für die Finanzierung des Auftraggebers zu werten. Gleiches gilt für eine Nutzung von Planunterlagen im Rahmen der Vermarktung eines Objekts. Ebenso liegt eine die konkludente Beauftragung dokumentierende Verwertung der Leistungen des Fachplaners vor, wenn der Auftraggeber dessen Ausführungspläne entgegennimmt und diese an die weiteren Baubeteiligten übermittelt.²

1 Zum Schriftformerfordernis öffentlicher Auftraggeber, vgl. die Ausführungen unter Ziff. 1.4, Rn. 38.

2 Koebler, in: Locher/Koebler/Frik, HOAI, 12. Auflage, 2014, Einführung Rn. 49 ff.

Allerdings begründet die bloße Entgegennahme von Leistungen der Technischen Ausrüstung noch keine Vermutung für den Abschluss eines Vertrags. Vielmehr sind sämtliche Umstände des Falles zu würdigen. So kann die Kenntnis des Fachplaners, dass die Finanzierung noch nicht gesichert ist, gegen einen Bindungswillen des Auftraggebers sprechen. Es besteht indes eine Vermutung für einen rechtsgeschäftlichen Auftrag, wenn der Auftraggeber Leistungen der Ausführungsplanung oder aber die vollständige Genehmigungsplanung entgegennimmt. In aller Regel wird ein rechtsgeschäftlicher Bindungswille auch dann vorliegen, wenn der Fachplaner entsprechend der Anforderung des Auftraggebers Leistungen der Entwurfsplanung erbringt. Auch ist die Entgegennahme der vollständigen Leistungen aus Leistungsphasen 1 und 2 (Grundlagenermittlung und Vorplanung) im Regelfall als konkludente Auftragserteilung anzusehen, sofern keine sonstigen, gegenteiligen Umstände vorliegen.³

4

Sofern nach den Gesamtumständen ein Rechtsbindungswille des Auftraggebers und damit eine konkludente Beauftragung anzunehmen ist, ist der Umfang der Beauftragung über die bereits erbrachten Leistungen hinaus ungewiss. Hat der Fachplaner einen erheblichen Teil der Leistungen einer Leistungsphase erbracht, dürfte die Vermutung dafür sprechen, dass der Auftraggeber diese Leistungsphase insgesamt und nicht nur in Teilen in Auftrag gegeben hat. Ferner ist zu berücksichtigen, dass nach der Rechtsprechung des BGH im Stadium vor Baubeginn die Vermutung eher für eine sukzessive Beauftragung und nicht für einen Gesamtauftrag spricht. Sofern sich das Projekt bereits in der Ausführungsphase befindet, spricht die Vermutung für eine Beauftragung der Leistungsphasen 1 bis 8, nicht jedoch auch für eine Beauftragung der Leistungsphase 9.⁴

5

Demgegenüber fehlt ein rechtsgeschäftlicher Bindungswille des Auftraggebers und die Tätigkeit des Fachplaners ist als reine **Akquisition** zu werten, wenn ein vorvertragliches Stadium nicht überschritten ist. Da in der Praxis vielfach auch vergütungspflichtige Leistungen erbracht werden, bevor der Auftraggeber einen rechtsgeschäftlichen Bindungswillen zum Ausdruck bringt, müssen die erbrachten Leistungen von einigem Gewicht sein. Dementsprechend sind vorbereitende Leistungen der Leistungsphase 1 (Grundlagenermittlung) ohne ausdrückliche Beauftragung typischerweise der **Akquisitionsphase** zuzuordnen. Gleiches kann für Teilleistungen aus Leistungsphase 2 (Vorplanung) gelten, zumal dann, wenn die Projektrealisierung nicht geklärt ist.⁵

6

3 Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, Einführung Rn. 49 ff.

4 Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, Einführung Rn. 64 ff.

5 Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, Einführung Rn. 49 ff.

- 7 Ein Auftrag über Leistungen der Technischen Ausrüstung kann auch aufgrund eines sogenannten **kaufmännischen Bestätigungsschreibens** zustande kommen. Voraussetzung ist, dass beide Parteien Kaufleute im Sinne des Handelsgesetzbuchs sind oder wie Kaufleute in größerem Umfang am Geschäftsleben teilnehmen. Darüber hinaus müssen dem Bestätigungsschreiben Verhandlungen vorausgegangen sein und der Vertragspartner darf dem kaufmännischen Bestätigungsschreiben nach dessen Zugang nicht unverzüglich widersprochen haben. Ein unverzüglicher Widerspruch setzt voraus, dass der Vertragspartner ohne schuldhaftes Zögern reagiert. Nach der Rechtsprechung ist dabei auf einen Zeitraum von ein bis drei Tagen abzustellen.
- 8 Die Bedeutung von kaufmännischen Bestätigungsschreiben ergibt sich weniger für den Vertragsschluss als für **während der Vertragsdurchführung getroffene Vereinbarungen**. So können sich kaufmännische Bestätigungsschreiben beispielsweise auf die Vereinbarung von Terminen oder auf die Vereinbarung bestimmter Leistungsinhalte erstrecken. Da die Grundsätze des kaufmännischen Bestätigungsschreibens auch für Besprechungsprotokolle gelten, müssen derartige Protokolle nach Erhalt unverzüglich geprüft werden. Sofern Besprechungsprotokolle Festlegungen enthalten, die nicht dem Besprochenen entsprechen, muss unverzüglich ein Widerspruch erfolgen, sofern die Festlegung keine Bindungswirkung entfalten soll. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die vorgenannten Grundsätze auch auf Besprechungsprotokolle Anwendung finden, die Dritte – beispielsweise Projektsteuerer – im Auftrag eines Vertragspartners erstellen. Demgegenüber sind die Grundsätze des kaufmännischen Bestätigungsschreibens nicht auf Honorarvereinbarungen anwendbar, weil das kaufmännische Bestätigungsschreiben das Schriftformerfordernis aus § 7 HOAI nicht erfüllt.

1.1.2 Stufenweise Beauftragung

- 9 Verträge über Leistungen der Technischen Ausrüstung sehen oft eine stufenweise Beauftragung vor. Gegenstand eines solchen Vertrags sind zwar alle für das Projekt erforderlichen Leistungen der Technischen Ausrüstung. Der Auftraggeber erteilt den **Auftrag jedoch in Stufen**, indem er mit Vertragsschluss zunächst die Leistungen einer ersten Stufe beauftragt. Zugleich wird dem Auftraggeber vertraglich die Option eingeräumt, die Leistungen der weiteren Stufen zu einem späteren Zeitpunkt zu beauftragen.
- 10 Formularverträge enthalten häufig die Aufteilung der Leistungsphasen 1 bis 2 als Stufe 1, die Leistungsphasen 3 bis 5 als Stufe 2, die Leistungsphasen 6 und 7 als Stufe 3 und die Leistungsphasen 8 und 9 als Stufe 4. Es ist dem Auftraggeber jedoch unbenommen, eine andere Aufteilung zu wählen.

Mit einer stufenweisen Beauftragung verschafft sich der Auftraggeber die Möglichkeit, den Vertragsinhalt für alle Leistungsstufen zu vereinbaren und den Fachplaner entsprechend zu binden. Sofern das Projekt nicht realisiert wird, muss er für die nicht abgerufenen Leistungsstufen keine Vertragskündigung aussprechen und an den Fachplaner daher auch kein Honorar für nicht erbrachte Leistungen entrichten. Für den Auftraggeber ist eine stufenweise Beauftragung daher insbesondere dann sinnvoll, wenn zu Beginn der Planungsphase unklar ist, ob das Projekt überhaupt realisiert wird. 11

Bei Verträgen mit stufenweiser Beauftragung gibt der Fachplaner ein bindendes Angebot für alle in den jeweiligen Stufen vorgesehenen Leistungen ab. Der Auftraggeber kann dieses Angebot durch Abruf der Stufen annehmen. Demnach kommt der Vertrag über die Leistungen der jeweiligen Stufen erst mit dem Abruf der betreffenden Stufe zustande. Tritt nach Abschluss eines Ingenieurvertrags, jedoch vor Abruf einer Leistungsstufe die HOAI in einer neuen Fassung in Kraft, ist für die Honorierung der Leistungen der jeweiligen Leistungsstufen das zum Zeitpunkt des jeweiligen Abrufs geltende Preisrecht anwendbar.⁶ Dies bedeutet, dass eine im schriftlichen Ingenieurvertrag vorgesehene Honorarpauschale für eine bestimmte Leistungsstufe, die der Auftraggeber erst nach Inkrafttreten der HOAI in einer neueren Fassung abgerufen hat, wegen einer unzulässigen Mindestsatzunterschreitung möglicherweise unwirksam ist. Die Leistungen dieser Leistungsstufe sind in diesem Fall nach dem geltenden Preisrecht der HOAI zu honorieren. 12

Da der Fachplaner für sämtliche im Vertrag vorgesehenen Leistungen ein bindendes Angebot abgibt und der Auftraggeber die Möglichkeit zur Beauftragung dieser Stufen hat, bestehen Bedenken gegen die Wirksamkeit von Regelungen in Formularverträgen, die dem Auftraggeber die Möglichkeit eines zeitlich unbefristeten Abrufs der weiteren Leistungsstufen einräumen. Formularverträge des Auftraggebers sollten daher einen bestimmten Zeitraum vorsehen, innerhalb dessen der Auftraggeber die Leistungen der weiteren Leistungsstufe abrufen kann. Erfolgt der Abruf erst nach Ablauf dieses Zeitraums, ist der Fachplaner nicht mehr an sein Angebot gebunden. Rechtlich handelt es sich dann um ein neues Angebot des Auftraggebers auf Abschluss eines neuen Vertrags für die Leistungen der weiteren Stufe. Der Fachplaner kann dieses Angebot annehmen, ist dazu jedoch nicht verpflichtet. 13

Von der stufenweisen Beauftragung von Ingenieurleistungen zu unterscheiden ist eine **bedingte Beauftragung**. In dieser Konstellation steht die Beauftragung von Leistungen unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung, 14

⁶ BGH, Urteil vom 18.12.2014 – VII ZR 350/13, BauR 2015, 689.

wobei für Ingenieurverträge nur die Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung von Bedeutung ist. So können Ingenieurverträgen beispielsweise unter der aufschiebenden Bedingung des Grundstückerwerbs durch den Auftraggeber oder der Erteilung der Baugenehmigung stehen. Der Vertrag wird dann erst mit Eintritt dieser Bedingung wirksam.

1.1.3 Vorpellen

- 15 Der Fachingenieur Technische Ausrüstung darf auch dann, wenn der beauftragte Leistungsumfang feststeht, in jeder Leistungsstufe nur die Leistungen erbringen, die nach dem Stand der Planung erforderlich sind. Erbringt der Fachplaner Leistungen, die nach dem jeweiligen Planungsstand noch nicht erforderlich waren, liegt ein sogenanntes Vorpellen vor. Ein Honoraranspruch für erbrachte Leistungen besteht in dieser Konstellation nur dann, wenn der Auftraggeber diese Leistung in Kenntnis des Risikos abfordert und sich der Fachplaner daher die Zustimmung des Auftraggebers für das Vorpellen eingeholt hat.⁷
- 16 Darüber hinaus kann ein Vorpellen des Fachplaners vorliegen, wenn dieser ohne vorherige Abstimmung der Grundlagen mit dem Auftraggeber Planungsleistungen erbringt. Nachträglich etwa erforderliche Planungsänderungen wegen dann bekannter, jedoch abweichender Anforderungen des Auftraggebers begründen keinen zusätzlichen Honoraranspruch des Fachplaners.

1.2 Inhalt des Ingenieurvertrags

- 17 Der Inhalt des Ingenieurvertrags richtet sich nach den jeweiligen Festlegungen der Vertragsparteien.
- 18 In einem Ingenieurvertrag sind die **Vertragsgrundlagen** aufzuführen. Dabei handelt es sich insbesondere um Unterlagen, die das Projektziel des Auftraggebers definieren, beispielsweise die Festlegung bestimmter technischer Anforderungen. Soweit für das Projekt bereits Planungsunterlagen existieren, auf der Grundlage derer der Fachplaner seine Leistungen zu erbringen hat, sind diese ebenfalls als Vertragsgrundlagen zu vereinbaren. Für die Vertragsgrundlagen sollte eine **Rangfolgeregelung** festgelegt werden, um im Fall von Widersprüchen zwischen den verschiedenen Vertragsgrundlagen eine sinnvolle Vertragsauslegung zu ermöglichen.

7 BGH, Urteil vom 26.07.2007 – VII ZR 42/05, BauR 2007, 1761, 1765.

Wesentlicher Inhalt eines Ingenieurvertrags ist die **Leistungsbeschreibung**, die unter Berücksichtigung der Anforderungen des jeweiligen Projekts zu entwickeln ist. Neben der Bezeichnung der **Anlagengruppen** der Technischen Ausrüstung, auf die sich die Beauftragung erstreckt, ist in der Leistungsbeschreibung insbesondere der Leistungsinhalt festzulegen. So sind die beauftragten **Leistungsphasen** gemäß § 55 HOAI zu benennen. Zu dem innerhalb der jeweiligen Leistungsphasen geschuldeten Leistungsinhalt können die Parteien die **Grundleistungen des Leistungsbildes Technische Ausrüstung** (siehe Kapitel 5: Leistungsbild Technische Ausrüstung) festlegen. Es ist den Vertragsparteien unbenommen, den Leistungsinhalt abweichend von den in Anlage 15 zur HOAI aufgeführten Grundleistungen festzulegen, indem die in Anlage 15 aufgeführten Grundleistungen mit einem anderen Inhalt oder einer Detaillierung beschrieben werden. Sofern in der Leistungsbeschreibung lediglich die beauftragten Leistungsphasen mit Verweis auf § 55 HOAI aufgeführt sind, ohne dass der Leistungsinhalt dieser Leistungsphasen konkretisiert wird, so schuldet der Fachplaner die in Anlage 15 für die jeweiligen Leistungsphasen aufgeführten Grundleistungen. 19

Ferner sind in der Leistungsbeschreibung die **Besonderen Leistungen** aufzuführen, die der Fachplaner zu erbringen hat (siehe Kapitel 5.3: Besondere Leistungen des Fachplaners Technische Ausrüstung). Für die Besonderen Leistungen können die in Anlage 15 HOAI aufgeführten Besonderen Leistungen als Orientierung dienen. Da diese Auflistung nicht abschließend ist, können die Parteien abweichend andere Besondere Leistungen vereinbaren. 20

Sofern der Auftraggeber den Fachplaner mit Abschluss des Ingenieurvertrags nicht mit allen für das Projekt erforderlichen Leistungen der Technischen Ausrüstung beauftragen will, ist im Vertrag eine **stufenweise Beauftragung** vorzusehen. Dabei ist im Einzelnen zu regeln, welche Leistungen der Auftraggeber mit Abruf der weiteren Leistungsstufen beauftragen kann. 21

In den Ingenieurvertrag sind – je nach Willen der Vertragsparteien – **Beschaffensvereinbarungen** aufzunehmen. Als Beispiel ist die Einhaltung einer sogenannten Kostenobergrenze zu nennen. 22

Durch Auftraggeber erstellte Vertragsmuster enthalten häufig Regelungen, wonach der Auftraggeber berechtigt ist, die Ausführung **geänderter und/oder zusätzlicher Leistungen** anzuordnen. 23

Zentraler Inhalt eines Ingenieurvertrags – neben der Festlegung des Leistungsinhalts – sind die Regelungen zur **Honorierung** der vereinbarten Leistungen. Auch wenn das Honorar nicht in einer bestimmten Höhe vereinbart wird, sondern der Vertrag für die Honorarberechnung auf die HOAI verweist, sind 24

Festlegungen zur Honorarzone, über eine etwaige Erhöhung des Honorarsatzes oberhalb der Mindestsätze bis zum Höchstsatz zu treffen und ggf. ein Zuschlag für Umbau und Modernisierungen zu vereinbaren. Für die Abrechnung von Besonderen Leistungen können ferner Stundensätze festgelegt werden. Sofern die Nebenkosten nicht auf der Basis von Einzelnachweisen, sondern pauschal abgerechnet werden sollen, ist eine Nebenkostenpauschale zu vereinbaren.

- 25 Aus Auftraggebersicht ist die Vereinbarung von **Terminen** von Bedeutung. So können für den Abschluss der einzelnen Planungsphasen konkrete Termine vereinbart werden. Alternativ kommt eine Regelung in Betracht, wonach der Fachplaner die geschuldeten Leistungen auf Basis eines Terminplans zu erbringen hat.
- 26 Zahlreiche Formularverträge der Auftraggeber enthalten darüber hinaus detaillierte Festlegungen, in welcher Art und Weise der Fachplaner seine Leistungen zu erbringen hat. Dies betrifft beispielsweise die Teilnahme an Projektbesprechungen und deren Protokollierung sowie die Zusammenarbeit mit dem Auftraggeber, dem Architekten und den anderen am Bau Beteiligten. In einigen Vertragsmustern sind die vertraglichen Hinweis- und Informationspflichten des Fachplaners konkretisiert, indem im Einzelnen festgelegt ist, unter welchen Voraussetzungen der Fachplaner den Auftraggeber schriftlich innerhalb eines bestimmten Zeitraums auf bestimmte Umstände hinweisen oder ihn informieren muss.
- 27 Vertraglich kann geregelt werden, dass sich der Fachplaner verpflichtet, die Leistung persönlich oder durch Mitarbeiter seines Büros zu erbringen. Die Beauftragung eines Subplaners kann von der vorherigen schriftlichen Zustimmung des Auftraggebers abhängig gemacht werden.
- 28 In vielen Fällen wird vertraglich ferner die Höhe der Deckungssummen der **Haftpflichtversicherung** des Fachplaners festgelegt. Die Deckungssummen müssen in einem angemessenen Verhältnis zum Umfang des Projekts stehen.

1.3 Allgemeine Vertragsbedingungen

- 29 Vertragsformulare für Ingenieurverträge enthalten vielfach Abweichungen von den Regelungen des BGB sowie dem Preisrecht der HOAI zugunsten des Auftraggebers oder des Fachplaners, je nachdem, wer das Formular vorgegeben hat.
- 30 Formularverträge unterliegen der **Inhaltskontrolle** der §§ 307 ff. BGB. Diese Inhaltskontrolle findet auf alle Regelungen Anwendung, die für eine **Vielzahl von**

Verträgen vorformuliert wurden und von einer Vertragspartei bei Vertragsschluss gestellt, d. h. der anderen Vertragspartei vorgegeben wurden. Ergibt die Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 ff. BGB die Unwirksamkeit einer Vertragsregelung, kann sich der Vertragspartner des Verwenders dieser Regelung auf deren Unwirksamkeit berufen. Demgegenüber muss sich der Verwender selbst an der von ihm vorgegebenen Regelung festhalten lassen.

Bei **individuell ausgehandelten Vertragsbedingungen** erfolgt keine AGB-rechtliche Inhaltskontrolle. Ein individuelles Aushandeln liegt dann vor, wenn der Verwender einer Vertragsregelung deren Kerngehalt ernsthaft zur Disposition stellt und seinem Verhandlungspartner die Möglichkeit einräumt, die Regelung in ihrer inhaltlichen Ausgestaltung zu beeinflussen.⁸ Zwar muss nach dem Ergebnis dieses Aushandelns keine Änderung der betreffenden Regelung erfolgt sein. Für ein individuelles Aushandeln ist es jedoch nicht ausreichend, wenn der Klauselverwender den Inhalt der Regelung lediglich erörtert.⁹ Selbst wenn im Zuge der Vertragsverhandlung daher einzelne Regelungen erörtert werden, liegt darin in aller Regel kein individuelles Aushandeln, weil der Klauselverwender den Kerngehalt der erörterten Regelungen typischerweise nicht zur Disposition stellt. Jedenfalls dann, wenn die Regelungen unverändert in den endgültigen Vertragstext übernommen wurden, wird es dem Klauselverwender schwerfallen, die Voraussetzungen eines individuellen Aushandelns zu beweisen.

31

Bei Allgemeinen Vertragsbedingungen für Ingenieurverträge sind folgende Grundsätze zu berücksichtigen:

Einige durch Auftraggeber vorgegebene Vertragsmuster enthalten Klauseln, wonach das Honorar für die Leistungen der Technischen Ausrüstung nach den **anrechenbaren Kosten** der durch den Auftraggeber genehmigten oder bestätigten Kostenberechnung ermittelt wird. Gleichmaßen finden sich in durch Auftraggeber vorformulierten Verträgen Regelungen, wonach das Honorar von einer bestätigten Auftragssumme abhängig ist. Zwar ist der Auftraggeber berechtigt, vertraglich zu regeln, dass er selbst die Kostenberechnung erstellt, um einer Honorarberechnung auf Grundlage einer überhöhten Kostenberechnung vorzubeugen. In derartigen Konstellationen muss dem Fachplaner jedoch die Möglichkeit verbleiben, die Honorarberechnung auf Basis einer zutreffenden Kostenberechnung zu erstellen, sofern sich die Kostenberechnung des Auftraggebers als unzutreffend zu niedrig herausstellen sollte. Da dem Fachplaner die Honorarberechnung nach den zutreffenden anrechenbaren Kosten nicht

32

8 BGH, Urteil vom 16.07.1998 – VII ZR 9/97, BauR 1998, 1094.

9 BGH, Urteil vom 23.01.2003 – VII ZR 210/01, BauR 2003, 870.

verwehrt werden darf, wird in der Literatur zu den genannten Klauseln die Auffassung vertreten, diese seien unwirksam, weil sie dem Auftraggeber ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht einräumen und zudem vielfach zu einer unzulässigen Unterschreitung der Mindestsätze der HOAI führen.¹⁰

- 33 Regelungen in Formularverträgen des Auftraggebers, die **Abschlagszahlungen** ausschließen oder die Möglichkeit, Abschlagszahlungen zu verlangen, erheblich erschweren, weichen vom gesetzlichen Leitbild des § 632 a Abs. 1 BGB ab und sind daher wegen einer unangemessenen Benachteiligung des Fachplaners gemäß § 307 BGB unwirksam.
- 34 **Kündigungsfolgeklauseln** des Auftraggebers, die einen Honoraranspruch des Fachplaners für infolge einer freien Kündigung nicht erbrachte Leistungen vollständig ausschließen, verstoßen gegen das gesetzliche Leitbild in § 649 Satz 2 BGB und sind daher unwirksam. Andere Kündigungsfolgeklauseln sehen vor, dass das kündigungsbedingt nicht erbrachte Honorar mit einem bestimmten Prozentsatz, z. B. 40 % des auf die nicht erbrachten Leistungen entfallenden Honorars, bewertet wird. Derartige Regelungen in allgemeinen Vertragsbedingungen des Auftraggebers sind nur dann wirksam, wenn dem Fachplaner mittels einer konkreten Abrechnung der Nachweis einer geringeren Ersparnis und damit eines höheren Honoraranspruchs für nicht erbrachte Leistungen möglich ist. Sofern der Fachplaner Verwender einer derartigen Pauschalierungsklausel ist, muss er sich an dem Prozentsatz festhalten lassen.
- 35 **Haftungsbeschränkungen**, die der Fachplaner in seinen Allgemeinen Vertragsbedingungen vorgibt, sind je nach Umfang der Beschränkung gemäß § 309 Nr. 7b BGB unwirksam. Gemäß § 309 Nr. 7b BGB ist jedenfalls der formularmäßige Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung für einen Schaden, der auf einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders beruht, unwirksam. Demnach kann für grobe Fahrlässigkeit kein **Haftungsausschluss** vereinbart werden.
- 36 Regelungen, die der Fachplaner in einem Vertragsmuster vorgibt und die die fünfjährige **Verjährungsfrist für Mängelansprüche** des Auftraggebers maßgeblich abkürzen, verstoßen gegen § 309 Nr. 8b ff. BGB. Gleiches gilt für Regelung, die den Zeitpunkt des Verjährungsbeginns vorverlegen. Da die Verjährung der Mängelansprüche gemäß § 634 a Abs. 2 BGB mit der Abnahme der Leistungen beginnt und dieser Zeitpunkt nicht mit dem Zeitpunkt der Abnahme für die bauausführenden Leistungen identisch ist, führt eine Regelung, die den Verjährungsbeginn an die Abnahme des Bauwerks knüpft, zu einem Verstoß gegen § 309 Nr. 8b ff. BGB und ist daher unwirksam.

10 Locher, in: Locher/Koebler/Frik, Einleitung, Rn. 264

Ein **Aufrechnungsverbot** in Allgemeinen Vertragsbedingungen ist gemäß § 309 Nr. 3 BGB nur dann wirksam, wenn dem Vertragspartner des Verwenders die Möglichkeit verbleibt, mit einer unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung aufzurechnen. 37

1.4 Unwirksamkeit des Ingenieurvertrags

Die Unwirksamkeit eines Ingenieurvertrags kann insbesondere auf die Nichteinhaltung von **Schriftform- oder Vertretungserfordernissen öffentlicher Auftraggeber** zurückzuführen sein. So enthalten die Gemeindeordnungen, die Landkreisordnungen sowie die Zweckverbandsgesetze der Bundesländer Formvorschriften für den Abschluss von Verträgen, sofern es sich nicht um Geschäfte der laufenden Verwaltung handelt. So kann für den Vertragsabschluss neben der Unterschrift des Bürgermeisters die Unterschrift einer weiteren dafür befugten Person erforderlich sein. Darüber hinaus kann für eine wirksame Verpflichtung nach den jeweils einschlägigen Vorschriften ein Beschluss eines bestimmten Gremiums erforderlich sein. Sofern diese Vorgaben für den Vertragsabschluss nicht eingehalten werden, ist der Vertrag schwebend unwirksam. Der Auftraggeber hat dann die Möglichkeit, den Vertrag nachträglich zu genehmigen. Ohne eine solche nachträgliche Genehmigung hat der Fachplaner keinen vertraglichen Honoraranspruch. 38

Die gesetzlichen Formvorschriften für den Vertragsabschluss gelten indes nicht für den Vollzug bereits wirksam begründeter Verpflichtungen. Daher ist bei einer stufenweisen Beauftragung des öffentlichen Auftraggebers der Abruf einer weiteren Leistungsstufe nicht an die Einhaltung dieser Formvorschriften gebunden.¹¹ 39

Der Grund für die Unwirksamkeit eines Ingenieurvertrags kann in einem Verstoß beider Vertragsparteien gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit liegen.¹² Bereits eine „Ohne-Rechnung-Abrede“ führt nach der Rechtsprechung des BGH zur Unwirksamkeit des gesamten Vertrags.¹³ 40

Die Unwirksamkeit eines Ingenieurvertrags kann ferner auf einen Verstoß gegen das **Kopplungsverbot** aus § 3 des Gesetzes zur Regelung von Ingenieur- und Architektenleistungen zurückzuführen sein. Nach dieser Regelung sind Vereinbarungen unwirksam, durch die sich der Erwerber eines Grundstücks im Zusammenhang mit dem Grundstückserwerb verpflichtet, die Leistungen eines bestimmten Ingenieurs oder Architekten in Anspruch zu nehmen. 41

11 Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, Einleitung Rn. 93.

12 BGH, Urteil vom 01.08.2013 – VII ZR 6/13, BauR 2013, 1852.

13 BGH, Urteil vom 24.04.2008 – VII ZR 140/07, BauR 2008, 1330.

- 42 Im Falle der Unwirksamkeit eines Ingenieurvertrags kann weder der Auftraggeber noch der Fachplaner vertragliche Ansprüche geltend machen. Demnach hat der Fachplaner keinen vertraglichen Honoraranspruch; gleichermaßen kann der Auftraggeber keine Mängelansprüche geltend machen. Die gegenseitigen Ansprüche richten sich vielmehr nach den Regelungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag, §§ 683, 670 BGB, oder aber nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung, §§ 812 ff. BGB. Nach diesen Vorschriften kann der Fachplaner für seine Leistungen jedenfalls dann eine Zahlung nach den Mindestsätzen der HOAI beanspruchen, wenn der Auftraggeber die Ingenieurleistungen tatsächlich verwertet. Für den Auftraggeber verbleibt nur die Möglichkeit, Gegenansprüche als Verrechnungsposten geltend zu machen.¹⁴

1.5 Beendigung des Ingenieurvertrags

1.5.1 Freie Kündigung des Auftraggebers

- 43 Der Auftraggeber kann einen Ingenieurvertrag jederzeit durch eine sogenannte freie Kündigung gemäß § 649 Satz 1 BGB beenden. Nach einer solchen freien Auftraggeberkündigung hat der Fachplaner neben dem Honoraranspruch für die erbrachten Leistungen auch einen Honoraranspruch gemäß § 649 Satz 2 BGB für die kündigungsbedingt nicht erbrachten Leistungen. Dabei muss er sich ersparte Aufwendungen sowie einen anderweitigen Erwerb anrechnen lassen.
- 44 In aller Regel erfolgt eine Vertragskündigung des Auftraggebers schriftlich, zumal zahlreiche Vertragsmuster für die Kündigung ein Schriftformerfordernis enthalten. Ohne die Vereinbarung eines derartigen Schriftformerfordernisses kann eine Vertragskündigung des Auftraggebers auch konkludent erfolgen, indem er dem Fachplaner verdeutlicht, dass er das Bauvorhaben ohne dessen Leistungen fortsetzen will. Eine konkludente Vertragskündigung liegt daher beispielsweise dann vor, wenn der Auftraggeber den Fachplaner bei der Projektrealisierung nicht mehr hinzuzieht und die Leistungen der Technischen Ausrüstung durch einen Dritten ausführen lässt.

1.5.2 Kündigung aus wichtigem Grund

- 45 Sowohl Auftraggeber als auch der Fachplaner können den Vertrag im Falle des Vorliegens eines wichtigen Grundes kündigen. Ein wichtiger Grund, der zur Kündigung des Ingenieurvertrags berechtigt, setzt voraus, dass dem Kündigenden die **Fortsetzung des Vertrags** unter Berücksichtigung aller Umstände

14 Vgl. Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, Einleitung Rn. 100.

des Einzelfalles **nicht mehr zugemutet** werden kann. Diese Gründe können auch nachträglich angeführt werden, sodass eine Kündigung auch wegen erst später angeführter Umstände – das sogenannte Nachschieben von Gründen – begründet sein kann.¹⁵ Derjenige, der den Ingenieurvertrag aus wichtigem Grund gekündigt hat, ist darlegungs- und beweispflichtig für die Umstände, auf die er die außerordentliche Kündigung stützt.

Sofern der Auftraggeber den Vertrag aus wichtigem Grund kündigt, ohne dass die Voraussetzungen eines solchen Kündigungsgrundes vorliegen, ist die Kündigung in aller Regel so auszulegen, dass der Auftraggeber in jedem Fall den Vertrag beenden will und daher eine freie Kündigung vorliegt. Will der Auftraggeber den Vertrag nur im Wege einer außerordentlichen Kündigung beenden und eine freie Kündigung ausschließen, muss er dies in der Kündigungserklärung eindeutig zum Ausdruck bringen.¹⁶ 46

Ein wichtiger Grund, der den Auftraggeber zur Vertragskündigung berechtigt, kann vorliegen, wenn sich der Fachplaner weigert, eine geschuldete Leistung zu erbringen, wenn der vereinbarte Kostenrahmen erheblich überschritten wird, der Fachplaner zu Unrecht die Leistungen einstellt oder aber beispielsweise aufgrund einer Erkrankung nicht in der Lage ist, den Vertrag ordnungsgemäß zu erfüllen. Im Hinblick auf mangelhafte oder verspätete Leistungen des Fachplaners als Kündigungsgrund ist zu berücksichtigen, dass der Auftraggeber dem Fachplaner zunächst die Möglichkeit geben muss, einen Mangel im Wege der Nacherfüllung zu beseitigen oder eine fällige Leistung zu erbringen. Daher ist im Falle einer mangelhaften oder verspäteten Leistung grundsätzlich eine vorherige fristgebundene Aufforderung erforderlich. Diese Aufforderung zur Nacherfüllung oder Leistungserbringung ist mit einer Kündigungsandrohung zu verbinden, um dem Fachplaner die Folgen der Nichteinhaltung der gesetzten Frist vor Augen zu führen.¹⁷ Sofern die Pflichtverletzung in Gestalt der mangelhaften oder verspäteten Leistung so schwerwiegend ist, dass dem Auftraggeber ein Festhalten an dem Vertrag nicht mehr zumutbar ist, kann dem Auftraggeber in Ausnahmefällen ein außerordentliches Kündigungsrecht auch ohne vorherige Leistungsaufforderung zustehen. In dieser Konstellation ist daher auch eine Kündigungsandrohung entbehrlich. Hat der Auftraggeber über einen längeren Zeitraum hinweg ohne Beanstandung das pflichtwidrige Verhalten des Fachplaners hingenommen, spricht dies dafür, dass ihm die Fortsetzung des Vertrags zumutbar ist. 47

15 OLG Düsseldorf, Urteil vom 26.03.2013 – 23 U 102/12, BauR 2013, 1698.

16 BGH, Urteil vom 24.07.2003 – VII ZR 218/02, BauR 2003, 1889.

17 OLG Hamburg, Urteil vom 19.12.2008 – 12 U 16/06, IBR 2011, 473.

- 48 Der Fachplaner kann zur Vertragskündigung aus wichtigem Grund berechtigt sein, wenn tiefgreifende Meinungsverschiedenheiten zwischen den Vertragsparteien bestehen. Gleiches gilt, wenn der Auftraggeber Leistungen verlangt, die dem Ansehen des Fachplaners schaden. Ferner kann der Fachplaner zur Vertragskündigung berechtigt sein, wenn der Auftraggeber trotz Fristsetzung zu Unrecht keine Zahlung auf angemessene Abschlagsrechnungen leistet.¹⁸
- 49 Für den Fachplaner besteht darüber hinaus die Möglichkeit einer Vertragsbeendigung, wenn der Auftraggeber die ihm nach § 642 BGB obliegende Mitwirkung nicht erfüllt. Eine solche **Mitwirkungsobliegenheit des Auftraggebers** besteht darin, dass er dem Fachplaner die für dessen Leistung erforderlichen Unterlagen oder Angaben zur Verfügung zu stellen. Dabei handelt es sich beispielsweise um Angaben des Architekten oder anderer Fachplaner. Gleichermäßen betrifft die Mitwirkungsobliegenheit Entscheidungen oder Informationen des Auftraggebers, die der Fachplaner für die Erstellung der Planunterlagen benötigt und ohne die er in der Leistungserbringung behindert ist. Im Fall einer fehlenden Mitwirkung des Auftraggebers kann der Fachplaner diesen gemäß § 643 BGB unter Fristsetzung mit Kündigungsandrohung auffordern, die erforderliche Handlung vorzunehmen. Nach fruchtlosem Ablauf der gesetzten Frist gilt der Vertrag als aufgehoben.

1.5.3 Einvernehmliche Vertragsaufhebung

- 50 Die Beendigung eines Vertrags kann auch dadurch erfolgen, dass Auftraggeber und Fachplaner den Vertrag im gegenseitigen Einvernehmen aufheben.
- 51 Bei einer einvernehmlichen Vertragsaufhebung hat der Fachplaner neben dem Honoraranspruch für die erbrachten Leistungen einen Honoraranspruch für die aufgrund der Vertragsbeendigung nicht erbrachten Leistungen gemäß § 649 Satz 2 BGB.

1.5.4 Unbeendeter Vertrag

- 52 Ist der Vertrag weder durch Kündigung noch durch eine einvernehmliche Vertragsaufhebung beendet, und ruft der Auftraggeber gleichwohl keine weiteren Leistungen des Fachplaners ab, besteht ein sogenannter unbeendeter Vertrag. Will der Fachplaner hinsichtlich der Fortsetzung des Vertrags oder dessen Beendigung Klarheit schaffen, kann er den Auftraggeber gemäß § 642 BGB auffordern, die für die weitere Leistungserbringung **erforderlichen Mitwirkungshandlungen** zu erbringen. Sofern der Fachplaner diese Aufforderung mit einer

18 BGH, Urteil vom 16.12.1999 – VII ZR 392/96, BauR 2000, 592.

Fristsetzung und Kündigungsandrohung versieht, gilt der Vertrag nach fruchtlosem Fristablauf gemäß §§ 642, 643 BGB als aufgehoben. Für die Erbringung der erforderlichen Mitwirkungshandlung muss der Fachplaner dem Auftraggeber eine angemessene Frist setzen. Wenn der Fachplaner zuvor über mehrere Wochen oder sogar Monate die erforderliche Mitwirkungshandlung nicht eingefordert hat, muss er dem Auftraggeber eine entsprechend lange Frist für die Mitwirkungshandlung setzen, bevor er den Vertrag kündigen kann.

1.5.5 Honorarberechnung nach Vertragsbeendigung

Kündigt der Auftraggeber den Vertrag aus wichtigem Grund, hat der Fachplaner einen Honoraranspruch für die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen. 53

Sofern der Fachplaner den Vertrag aus wichtigem Grund kündigen kann, hat er einen Anspruch auf Honorierung der bis zur Kündigung erbrachten Leistungen. Darüber hinaus kann ein Schadensersatzanspruch gemäß §§ 280, 281 BGB in Höhe des Honorars für die kündigungsbedingt nicht erbrachten Leistungen abzüglich ersparter Aufwendungen bestehen. 54

Kündigt der Fachplaner den Ingenieurvertrag nach einer unterbliebenen Mitwirkungshandlung des Auftraggebers, ist streitig, ob er einen Schadensersatzanspruch nach § 645 Abs. 2 BGB in Höhe des Honorars für nicht erbrachten Leistungen abzüglich ersparter Aufwendungen geltend machen kann, wenn der Auftraggeber die Mitwirkungshandlung schuldhaft nicht vorgenommen hat. 55

Nach einer **freien Vertragskündigung des Auftraggebers** hat der Fachplaner einen Honoraranspruch für die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen sowie einen Honoraranspruch für die kündigungsbedingt nicht erbrachten Leistungen. Für diese Abrechnung hat der Fachplaner eine in zwei Teile aufgegliederte Schlussrechnung zu erstellen. Im ersten Teil ist das Honorar für die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen einschließlich Mehrwertsteuer auszuweisen. Im zweiten Teil ist das Honorar für die aufgrund der Kündigung nicht erbrachten Leistungen einschließlich eines Abzugs für ersparte Aufwendungen und einen etwaigen anderweitigen Erwerb darzulegen. Das Honorar für nicht erbrachte Leistungen ist ohne Mehrwertsteuer geltend zu machen. 56

Vielfacher Streitpunkt bei der Berechnung des **Honorars für nicht erbrachte Leistungen** gemäß § 649 Satz 2 BGB ist die Höhe der in Abzug zu bringenden **ersparten Aufwendungen** sowie der Abzug für einen **anderweitigen Erwerb**. Zwar ist der Auftraggeber darlegungs- und beweispflichtig für den Umstand, dass der Fachplaner höhere ersparte Aufwendungen in Abzug bringen und einen anderweitigen Erwerb berücksichtigen muss. Zunächst muss jedoch der Fachplaner in einem ersten Schritt die aus seiner Sicht in Ansatz zu bringenden 57

ersparten Aufwendungen darlegen. Dabei muss er Angaben zu **ersparten Sachkosten** machen, die er aufgrund der Kündigung erspart hat. Dabei handelt es sich typischerweise um Büro- und Zeichenmaterial, Fahrten zur Baustelle unter 15 km sowie den Kommunikationsaufwand. Ausreichend ist, wenn der Fachplaner die ersparten Sachmittel in einer Auflistung darlegt, deren Kosten überschlägig beziffert oder eine an Erfahrungswerten orientierte Gesamtpauschale ansetzt.¹⁹ Anhand einer solchen Auflistung ist der Auftraggeber in der Lage, die Richtigkeit der angesetzten Beträge zu beurteilen und gegebenenfalls eine korrigierte Berechnung vorzunehmen. Ferner hat der Fachplaner die aufgrund der Kündigung etwa **ersparten Personalkosten** darzulegen. Aufwendungen für freie Mitarbeiter, die aufgrund der Kündigung nicht entstehen, stellen ersparte Personalkosten dar. Gleiches gilt für Honorarzahungen an Subplaner, die wegen der Vertragskündigung nicht zu leisten sind. Sofern die infolge der Kündigung nicht erbrachten Leistungen bereits bei einem Subplaner beauftragt waren, hat der Subplaner seinerseits einen Honoraranspruch gemäß § 649 Satz 2 BGB, sodass der Fachplaner diese Kosten infolge der Kündigung nicht erspart hat. Die Kosten für fest angestellte Mitarbeiter begründen demgegenüber keine ersparten Aufwendungen; der Fachplaner ist nicht verpflichtet, aufgrund der Kündigung betriebsbedingte Kündigungen von Mitarbeitern vorzunehmen. Sofern die Mitarbeiter aufgrund der Kündigung in einem anderen Projekt des Fachplaners eingesetzt werden können, handelt es sich um einen anderweitigen Erwerb, wenn dieser weitere Auftrag ohne die Kündigung nicht mit dem vorhandenen Personal hätte durchgeführt werden können und daher als sogenannter Füllauftrag anzusehen ist.²⁰

- 58 Für die ab dem 01.01.2009 abgeschlossenen Verträge ist ergänzend § 649 Satz 3 BGB zu berücksichtigen. Diese Regelung enthält eine gesetzliche Vermutung, dass der Anspruch für nicht erbrachte Leistungen 5 % der auf den noch nicht erbrachten Teil der Werkleistung entfallenden vereinbarten Vergütung beträgt. Nach der Rechtsprechung des BGH führt diese Vermutung jedoch nicht zu einer Änderung der Darlegungs- und Beweislast. Demnach gilt auch für die ab dem 01.01.2009 abgeschlossenen Ingenieurverträge, dass der Auftraggeber darlegungs- und beweispflichtig für gegenüber der Abrechnung des Fachplaners höhere ersparte Aufwendungen sowie einen anderweitigen Erwerb ist.²¹ Da bei einem Ingenieurbüro der Honoraranspruch nach § 649 Satz BGB in aller Regel weit mehr als 5 % des auf die nicht erbrachte Leistung entfallenden Honorars beträgt, erfolgt die Abrechnung eines gekündigten Ingenieurvertrags

19 BGH, Urteil vom 28.10.1999 – VII ZR 326/98, BauR 2000, 430; Pauschale von 2 %.

20 BGH, Urteil vom 30.09.1999 – VII ZR 206/98, BauR 2000, 126; OLG Düsseldorf, Urteil vom 26.06.2001 – 23 U 199/98, BauR 2002, 649.

21 BGH, Urteil vom 05.05.2011 – VII ZR 161/10, BauR 2011, 1328.

in aller Regel nicht auf Basis der gesetzlichen Vermutung von § 649 Satz 3 BGB.

1.6 Abnahme

Die Abnahme ist die Billigung des Werks durch den Auftraggeber als eine im Wesentlichen vertragsgemäße Leistung. Das Werk des Fachplaners muss für die Abnahme zwar nicht frei von jeglichen Mängeln sein, es darf jedoch keine wesentlichen Mängel aufweisen. Ferner setzt die Abnahme die vertragsgemäße Erbringung aller im Ingenieurvertrag vorgesehenen und durch den Fachplaner geschuldeten Leistungen voraus. 59

Die Vollendung des vertraglich geschuldeten Leistungsumfangs und damit das Vorliegen der Abnahmefähigkeit sind demnach vom Gegenstand des Ingenieurvertrags abhängig. Umfasst der Ingenieurvertrag lediglich die Leistungsphasen 1 bis 5, ist das geschuldete Werk mit Übergabe der vollständigen Ausführungsplanung erbracht. Ist der Fachplaner auch mit den Leistungen der Objektüberwachung beauftragt, tritt Vollendung der vertraglich geschuldeten Leistung erst ein, wenn er die ausführenden Unternehmen zur Mangelbeseitigung aufgefordert und die Mangelbeseitigungsarbeiten überwacht hat. Ein Anspruch auf Abnahme der Leistungsphase 8 entsteht daher in diesem Fall erst nach Abschluss der Mangelbeseitigungsarbeiten. 60

Ist im Ingenieurvertrag eine **förmliche Abnahme** vorgesehen, muss der Auftraggeber die Abnahme schriftlich erklären. Ohne eine derartige Vereinbarung kann die Abnahme **konkludent** erfolgen, indem der Auftraggeber zu erkennen gibt, dass er das Werk als im Wesentlichen vertragsgemäße Leistung billigt. In vielen Fällen erfolgt eine konkludente Abnahme dadurch, dass der Auftraggeber die Leistungen des Fachplaners entgegennimmt und die Schlussrechnung bezahlt. Haben die Parteien eine förmliche Abnahme vereinbart, kann gleichwohl eine konkludente Abnahme erfolgen, wenn der Auftraggeber auch ohne förmliche Abnahme Zahlung auf die Schlussrechnung leistet. In der Zahlung auf die Schlussrechnung liegt in dieser Konstellation die konkludente Abbedingung des förmlichen Abnahmeerfordernisses. 61

Mit der Abnahme endet das Erfüllungsstadium des Vertrags und der Auftraggeber ist auf die Mängelansprüche des § 634 BGB verwiesen. Zugleich ist der Auftraggeber darlegungs- und beweispflichtig für die von ihm behaupteten Mängel. Mit der Abnahme beginnt die Verjährungsfrist für Mängelansprüche, § 634 a Abs. 2 BGB. Schließlich wird gemäß § 641 BGB i. V. m. § 15 Abs. 1 HOAI nach Vorlage einer prüffähigen Honorarschlussrechnung der Honoraranspruch des Fachplaners fällig. 62

- 63 Erklärt der Auftraggeber trotz bekannter Mängel die Abnahme, ohne hinsichtlich dieser Mängel einen **Vorbehalt zu erklären**, kann er keinen Nachbesserungsanspruch mehr geltend machen und ist auch mit einem Wandlungs- und Minderungsrecht ausgeschlossen, § 640 Abs. 2 BGB. Trotz eines nicht erklärten Vorbehalts für bekannte Mängel kann er jedoch weiterhin einen Schadensersatzanspruch gemäß § 634 Nr. 4 BGB geltend machen. Schließlich muss sich der Auftraggeber im Zuge der Abnahme eine etwa verwirkte Vertragsstrafe vorbehalten, sofern vertraglich nichts Abweichendes geregelt ist.
- 64 Gemäß § 640 Abs. 1 BGB ist der Auftraggeber verpflichtet, ein vertragsgemäß hergestelltes Werk abzunehmen. Kommt der Auftraggeber dieser Verpflichtung nicht nach, kann der Fachplaner ihn gemäß § 640 Abs. 1 Satz 3 BGB unter Fristsetzung zur Abnahme auffordern. Mit Ablauf der Frist treten sodann die Abnahmewirkungen ein, sofern die erbrachten Leistungen abnahmefähig sind.
- 65 Unter der Maßgabe, dass im Ingenieurvertrag eine **Teilabnahme** nach Abschluss einer bestimmten Leistungsphase vereinbart ist, hat der Fachplaner nach Vollendung der betreffenden Leistungsphase einen Anspruch auf Teilabnahme. Ohne gesonderte Vereinbarung besteht jedoch kein Anspruch auf Teilabnahme. Eine Teilabnahme erfolgt häufig nach Abschluss der Leistungsphase 8. Auch dies setzt jedoch eine entsprechende vertragliche Regelung voraus.
- 66 Auch im Falle einer **vorzeitigen Beendigung des Ingenieurvertrags** ist eine Abnahme der Ingenieurleistungen erforderlich. Erst mit der Abnahme wird der Honoraranspruch des Fachplaners fällig. Nach einer außerordentlichen Vertragskündigung des Auftraggebers verweigert dieser häufig mit Verweis auf die von ihm angeführten mangelhaften Leistungen des Fachplaners die Abnahme. Wegen des pflichtwidrigen Verhaltens des Fachplaners verlangt der Auftraggeber dann vielfach auch keine Erfüllung durch Nachbesserung. In dieser Konstellation – der Auftraggeber verweigert endgültig die Abnahme und verlangt keine Erfüllung mehr – wandelt sich das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis um mit der Folge, dass die Abnahmewirkung mit der endgültigen **Abnahmeverweigerung** des Auftraggebers eintreten. Daher tritt die Fälligkeit des Honoraranspruchs des Fachplaners auch ohne Abnahme ein.

1.7 Herausgabe von Unterlagen

- 67 Der Auftraggeber hat einen Anspruch auf Herausgabe der Unterlagen, die der Fachplaner im Zuge der Erbringung der beauftragten Leistungen erstellt hat. Der Herausgabeanspruch des Auftraggebers erstreckt sich daher insbesondere auf Planungs- und Ausschreibungsunterlagen. Sofern der Fachplaner auch mit

den Leistungen der Leistungsphase 8 beauftragt ist, umfasst der Herausgabeanspruch auch den Schriftverkehr mit den ausführenden Unternehmen.

Der Fachplaner kann gegen den Herausgabeanspruch des Auftraggebers kein Zurückbehaltungsrecht wegen fälliger Honorarforderungen geltend machen. Grund dafür ist, dass er für die Unterlagen, auf die sich der Herausgabeanspruch des Auftraggebers erstreckt, vorleistungspflichtig ist.²² 68

Der Auftraggeber kann den Anspruch auf Herausgabe von Unterlagen mit einer Klage durchsetzen. Wegen der üblichen Dauer eines Klageverfahrens ist eine derartige Klage jedoch in der Praxis ohne Bedeutung. Sofern der Auftraggeber glaubhaft darlegen kann, dass ohne die betreffenden Unterlagen eine Gefahr für die fristgerechte Abwicklung des Bauvorhabens besteht, kann er den Herausgabeanspruch jedoch im Rahmen eines einstweiligen Verfügungsverfahrens durchsetzen.²³ 69

1.8 Mängelhaftung

1.8.1 Mangelbegriff

Die vertragliche Verpflichtung des Fachingenieurs Technische Ausrüstung ist darauf gerichtet, ein mangelfreies Werk zu erbringen. Die zu erbringende Leistung kann dabei in eine subjektive, funktionale und objektive Leistungsschuld unterteilt werden.²⁴ Nach der subjektiven Leistungsschuld muss der Fachplaner das Werk in der vertraglich vereinbarten Art und Weise erbringen. Das Werk muss die **vertraglich vereinbarte Beschaffenheit** aufweisen. Die Nichteinhaltung einer vertraglich vereinbarten Beschaffenheit begründet einen Mangel. Die funktionale Leistungsschuld ist darauf gerichtet, ein funktionstaugliches Werk zu erbringen, und ist dann erfüllt, wenn der durch den Auftraggeber vorgegebene funktionale Erfolg eintritt. Demnach schuldet der Fachplaner stets die **Funktionstauglichkeit** als werkvertraglichen Erfolg. Bei Nichterreichen der Funktionstauglichkeit liegt daher ein Mangel vor. Die objektive Leistungsschuld ist auf die Erfüllung der Anforderungen ausgerichtet, die bei einem Werk üblicherweise einzuhalten sind. Dies betrifft insbesondere einzuhaltende **technische Mindeststandards**. 70

Die Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Leistungserbringung umfasst in aller Regel die Einhaltung der **anerkannten Regeln der Technik**. Ein Verstoß gegen 71

22 OLG Köln, Beschluss vom 11.07.1997 – 11 W 21/97, BauR 1999, 189; OLG Hamm, Urteil vom 20.08.1999 – 25 U 88/99, BauR 2000, 295.

23 OLG Köln, Beschluss vom 11.07.1997 – 11 W 21/97, BauR 1999, 189; OLG Hamm, Urteil vom 20.08.1999 – 25 U 88/99, BauR 2000, 295.

24 Vgl. Wirth, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 9. Auflage, 2016, Grundlagen B, Rn. 447 ff.

die anerkannten Regeln der Technik begründet daher in der Regel einen Mangel. Bei den anerkannten Regeln der Technik handelt es sich um technische Regeln für den Entwurf und die Ausführung baulicher Anlagen, die in der technischen Wissenschaft als theoretisch richtig erkannt sind und feststehen, im Kreis der für die Anwendung der betreffenden Regeln maßgeblichen, nach dem neuesten Erkenntnisstand vorgebildeten Techniker durchweg bekannt und aufgrund fortdauernder praktischer Erfahrung als technisch geeignet, angemessen und notwendig erkannt sind. In der Praxis werden für die anerkannten Regeln der Technik die kodifizierten technischen Normen wie z. B. **DIN-Normen** herangezogen. Allerdings stimmen diese technischen Regelungen nicht zwangsläufig mit den anerkannten Regeln der Technik überein. So können anerkannte Regeln der Technik im Einzelfall über die Anforderungen beispielsweise in DIN-Normen hinausgehen. Für DIN-Normen besteht jedoch eine widerlegliche Vermutung, dass sie die anerkannten Regeln der Technik korrekt wiedergeben.²⁵

- 72 Aufgrund einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung kann der vertraglich geschuldete Erfolg über das hinausgehen, was Gegenstand der anerkannten Regeln der Technik ist. Der Fachplaner schuldet dann die Einhaltung dieser Vorgaben, die im Vergleich zu den anerkannten Regeln der Technik beispielsweise eine höherwertigere Ausführung erfordern.
- 73 Der Fachplaner hat im Zuge der Leistungserbringung die jeweils geltenden anerkannten Regeln der Technik zu beachten. Für die Beurteilung der Mangelhaftigkeit einer Ingenieurleistung kommt es auf den Zeitpunkt der Abnahme der Ingenieurleistungen an. Sofern der Fachplaner mit den Leistungen der Leistungsphase 8, Objektüberwachung, beauftragt ist, sind daher die anerkannten Regeln der Technik nach Abschluss der Nachbesserungsarbeiten der ausführenden Unternehmen maßgebend. Bei einem Ingenieurvertrag, der auch die Leistungen der Leistungsphase 9, Objektbetreuung, umfasst, kommt es daher grundsätzlich auf die zum Zeitpunkt der Beendigung der Objektbetreuung geltenden anerkannten Regeln der Technik an, sofern vertraglich nichts Abweichendes geregelt ist. Bei einer Änderung der anerkannten Regeln der Technik in der Zeit zwischen der Planungsphase und dem Projektabschluss scheidet jedoch eine Haftung des Fachplaners aus, wenn diese Änderung zum Zeitpunkt der Planung und Ausführung nicht absehbar war.

1.8.2 Mängelansprüche des Auftraggebers

- 74 Im Fall einer mangelhaften Leistung des Fachplaners hat der Auftraggeber einen **Nacherfüllungsanspruch** gemäß §§ 634 Nr. 1, 635 BGB. Der Auftraggeber kann

25 Wirth, in: Korbion/Mantscheff/Vygen, B, Rn. 454.