

## Ingenieurverträge sind Kooperationsverträge!

# Die „Freigabe“ von Leistungen!

Planer sollten die Dokumentationspflichten am Ende der Leistungsphasen 1, 2 und 3 HOAI ernst nehmen und sich diese „freigeben“ lassen. Dafür besteht aus dem Kooperationsgebot eines Planervertrags als Werkvertrag ein Anrecht. Denn der Planer kann nur Vorschläge machen. Immer wenn der Planer eine Entscheidung braucht, kann er diese einfordern. Dann muss der Auftraggeber entscheiden. Ein Recht auf Abnahme jeder Leistungsphase besteht allerdings nicht.

**Frage 1:** Ein Auftraggeber berichtet, dass sein Planer auf ihn zugekommen sei und eine Abnahme jeder einzelnen Leistungsphase fordere. Er will wissen, ob er dazu verpflichtet sei.

**Frage 2:** Ein Planer fragt an, wie er von seinem Auftraggeber eine Entscheidung erhalten könne, mit welcher Variante er die weitere Planung fortsetzen soll. Der Auftraggeber meinte, er hätte ihm einen umfassenden Auftrag erteilt und würde keine Zwischenentscheidungen treffen. Er würde erst am Ende eine Abnahme erteilen und dann würde man sehen, ob alles in Ordnung sei.

**Vorab:** Planerverträge sind grundsätzlich Werkverträge (BGH, Urteil vom 22.10.1981 – VII ZR 310/79), so dass die Regelungen der §§ 613 ff BGB gelten. Das hat zur Folge, dass § 640 Abs. 1 BGB greift, der lautet: *„Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsgemäß hergestellte Werk abzunehmen (...).“* So gilt auch § 642 Abs. 1 BGB, der lautet: *„Ist bei der Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich, so kann der Unternehmer, wenn der Besteller durch das Unterlassen der Handlung in Verzug der Annahme kommt, eine angemessene Entschädigung verlangen.“* Dazu regelt § 643 BGB weiter: *„Der Unternehmer ist im Falle des § 642 berechtigt, dem Besteller zur Nachholung der Handlung eine angemessene Frist mit der Erklärung zu bestimmen, dass er den Vertrag kündigt, wenn die Handlung nicht bis zum Ablauf der Frist vorgenommen werde. (...).“*

§ 640 BGB haben die Autoren bereits im DIB 12-2013, S. 50 und im DIB 12-2007, S. 60 erläutert. Für die Beantwortung der Fragen ist wichtig, dass die Abnahmeverpflichtung für das „vertragsgemäß“ hergestellte Werk gilt, was bedeutet, dass erst dann, wenn alle Leistungen des Vertrags erbracht sind, eine Abnahme ansteht. Die §§ 642 und 643 BGB sind die Normierung des dem Werkvertrag eigenen „Kooperationsgebots“, weil nur in Kooperation mit Auftraggeber (Besteller) und Planer (Unternehmer) der Erfolg einer Planung zu realisieren ist. So sieht auch die Rechtsprechung Planerverträge als Kooperationsverträge. Das OLG Koblenz, Urteil vom 08.03.2007 - 5 U 877/06, führt konkret dazu aus: *„Aus dem Kooperationsverhältnis ergeben sich Obliegenheiten und Pflichten zur Mitwirkung und gegenseitigen Information. Entstehen während der Vertragsdurchführung Meinungsverschiedenheiten über die Notwendigkeit oder die Art und Weise einer Anpassung, ist jede Partei grundsätzlich gehalten, im Wege der Verhandlung eine Klärung und eine einvernehmliche Lösung zu suchen.“* Das OLG Frankfurt, Urteil vom 27.11.2013 - 23 U 203/12 sieht sogar einen berechtigten Kündigungsgrund, wenn der Auftraggeber (im Urteil der Beklagte) nicht zur Kooperation bereit ist, und führt dazu aus: *„So hat der Beklagte zunächst dadurch gegen seine Mitwirkungspflichten verstoßen, dass er sich geweigert hat, mit dem Kläger die erforderlichen Gespräche zur näheren Abklärung der weiteren Vorgehensweise auf der Baustelle zu führen.“* Planer und Auftraggeber sind also zur Kooperation verpflichtet.

**Auf dieser Grundlage hat die GHV die Fragen wie folgt beantwortet:**

**Zur Frage 1:** Auf Nachfrage bestätigt der Auftraggeber, dass im abgeschlossenen Planervertrag keine Vereinbarungen zu Teilabnahmen enthalten sind. Damit hat der Planer kein Recht auf Teilabnahme jeder einzelnen Leistungsphase. Wie vorab ausgeführt, ist die gesetzliche Regelung des § 640 Abs. 1 BGB so zu verstehen, dass erst dann ein Anrecht auf Abnahme besteht, wenn sämtliche vertraglich vereinbarten Leistungen im Wesentlichen mangelfrei erbracht sind. Hat der Planer nach der Leistungsphase 1 weitere Leistungsphasen im Auftrag, hat er keinen gesonderten Anspruch auf Teilabnahme nach Abschluss dieser Leistungsphase. Nichts anderes gilt für die nachfolgenden Leistungsphasen. Hat der Planer auch die Leistungsphase 9 im Auftrag, besteht sogar erst ein Anspruch auf Abnahme, wenn er die zeitlich letzte Teilleistung der Phase 9 bearbeitet hat, und das ist das „Mitwirken bei der Freigabe von Sicherheitsleistungen“. Der Planer hat eventuell in den zuvor zitierten Publikationen der Autoren gelesen, dass er heute seine Leistungen abnehmen lassen muss. Hierauf hat er auch einen Anspruch, aber erst am Ende seiner Leistung.

**Zur Frage 2:** Planung stellt einen Vorgang dar, bei dem im Wege zunehmender Konkretisierung die Wünsche des Auftraggebers von der Idee zum ausführungsfähigen Plan entwickelt und dann auch gebaut wird (so schon BGH, Urteil vom 28.05.1986 - IVa ZR 231/84 zu Kostenermittlungen). In der Leistungsphase 1 nimmt der Planer die Aufgabenstellung aus einer Bedarfsplanung des Auftraggebers auf (siehe dazu den Artikel der Autoren im DIB 11-2014, S. 48). In der Leistungsphase 2 werden Varianten entwickelt, die in der Leistungsphase 3 entworfen und in der Phase 4 so aufbereitet werden, dass eine Baugenehmigung erreicht wird. In der Phase 5 werden die Pläne dann so weit detailliert, dass nach diesen gebaut werden kann, und in den Phasen 6 ff wird die Umsetzung als Baumaßnahme vorbereitet und vollzogen. Gerade in den ersten 3 Leistungsphasen werden in den Grundleistungen der HOAI Begriffe verwendet, wie: „klären, beraten, abstimmen, hinweisen und erläutern“. Das alles sind Verben, die verdeutlichen, dass der Planer aktiv Maßnahmen vorbereitet und so darlegt, dass der Auftraggeber über diese entscheiden kann. So klärt der Planer in der Leistungsphase 1 die Aufgabenstellung und fasst diese in einem erläuternden Dokument zusammen. Nun benötigt er die Aussage des Auftraggebers, ob er die Aufgabenstellung richtig verstanden hat. Im Sinne des § 642

Abs. 1 BGB benötigt er zu diesem Zeitpunkt die Mitwirkung des Auftraggebers, der ihm seine bisherige Arbeit bestätigt. In der Leistungsphase 2 entwickelt der Planer Varianten und spricht eine Empfehlung aus. So kann er z. B. eine Variante A empfehlen, die höhere Investitionskosten, jedoch niedrigere Lebenszykluskosten hat. Dennoch benötigt er vom Auftraggeber eine Entscheidung, ob dieser nicht doch lieber die Variante B möchte, die niedrigere Investitionskosten, aber dafür höhere Lebenszykluskosten hat. Beide Varianten können sehr unterschiedlich sein. Hier benötigt der Planer die Mitwirkung des Auftraggebers, der ihm mitteilt, ob er die Variante A oder B weiter geplant haben möchte. Gerade am Ende der Leistungsphase 2 ist eine solche Entscheidung für die weitere Planung wichtig, denn nachfolgend soll nur noch eine Lösung entworfen werden. Hier ist dem Planer sogar dringend zu raten die Entscheidung des Auftraggebers einzufordern und diese auch abzuwarten. An diesem Punkt der Entwicklung der Planung kann der Planer nicht für den Auftraggeber entscheiden. Denn trifft er die falsche Entscheidung, plant er nachfolgend umsonst. Eine Planungsänderung geht dann zu seinen Lasten. So kann es für den Auftraggeber durchaus gute Gründe geben, dass er Variante B bevorzugt. Gerade am Ende der Leistungsphase 2 ist eine Mitwirkung des Auftraggebers zwingend. Daher hat der Planer ein Recht auf eine Handlung des Auftraggebers. Der Auftraggeber muss eine Entscheidung über die vom Planer aufgezeigten Möglichkeiten treffen, wenn dieser diese fachlich vorbereitet und erläutert und eine Empfehlung ausgesprochen hat. Dabei muss der Auftraggeber keine Bedenken haben, dass er damit eine fachliche Verantwortung übernimmt, denn der Planer bleibt weiterhin fachlich verantwortlich. Eine Abnahme im Sinne des § 640 BGB ist mit einer Entscheidung nicht verbunden. Unterlässt der Auftraggeber eine eingeforderte Entscheidung, kommt er im Sinne des § 642 Abs. 1 BGB in Annahmeverzug, und setzt der Planer ihm eine Frist nach § 643 Abs. 1 BGB, könnte das sogar zur berechtigten Kündigung durch den Planer führen. Damit es nicht zur Eskalation kommt, sollte der Planer durch eine klare fachliche Information darauf hinweisen, um was es ihm bei der „Freigabe“ geht und der Auftraggeber sollte die „Freigabe“ dann auch erklären.

So könnte der Planer am Ende der Leistungsphase 2 in seinem Anschreiben zur Dokumentation der Leistungsphase 2 darauf hinweisen, dass er eine Entscheidung über die von ihm vorgeschlagene Variante benötigt, damit er diese in der Entwurfsplanung weiter planen könne, und eine Bestätigung darüber benötige, dass er bis dahin alle Wünsche und Hinweise

des Auftraggebers richtig verstanden und in die Planung umgesetzt habe. Dazu könnte er diesem Schreiben ein Blatt beifügen und den Auftraggeber bitten ihm Folgendes zu bestätigen: (...) *ich bestätige, dass ich die Dokumentation der im Vertrag vom (...) vereinbarten Leistungen der Leistungsphase 2 erhalten habe und das der Inhalt dieses Dokuments meinem bisherigen Willen entspricht. Ich entscheide mich für die vom Planer vorgeschlagene Variante A. Diese kann weiter geplant werden. Eine Abnahme ist damit nicht verbunden.* (...)“ Eine vergleichbare Erklärung wird der Planer am Ende jeder Leistungsphase fordern können. Damit sind erforderliche Entscheidungen eindeutig kommuniziert und dokumentiert.

**Fazit:** Planung ist ein Prozess, bei dem Planer und Auftraggeber so kooperieren, dass gemeinsam eine erfolgreiche Planung nach den Wünschen des Auftraggebers entsteht. Dazu hat der Planer immer einen Schritt voranzugehen und der Auftraggeber entscheidet, ob dieser Schritt seinen Wünschen entspricht. Mindestens am Ende jeder Leistungsphase sollten die Parteien dokumentieren, dass die bis dahin geleistete Planung dem Willen des Auftraggebers entspricht und auf dieser Grundlage weitergearbeitet wird und werden kann. Kooperation besteht also aus: Kommunikation, Dokumentation und Entscheidung.

### Autoren

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

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

Veröffentlicht im Deutschen Ingenieurblatt, Ausgabe 10/2015, Seiten 36 und 37
---