

Nur für „Däumchen-Drehen“ gibt es Geld!

Wenn sich die Planungszeit verlängert

Regelmäßig kommt es bei der Planung oder Überwachung zur Verlängerung der Leistungszeit. Planende wünschen sich dann möglichst einfach eine zusätzliche Vergütung. Die HOAI liefert dazu keinen Ansatz, nur das BGB kann helfen. Die Vergütung „nach HOAI“ stellt nämlich dem Grunde nach eine aufwandsneutrale Pauschalvergütung dar und wenn es einfach nur mehr Aufwand war, gibt es dennoch nicht mehr Geld.

Nach BGB können die Planenden in einzelnen Fällen jedoch Behinderung anmelden, wenn es länger dauert, oder aus dem Vertrag aussteigen, wenn das Festhalten am Vertrag unzumutbar wird. Ändern sich Grundsätze, gibt das BGB auch eine Lösung über die „Störung der Geschäftsgrundlage“. Die Hürden sind aber in allen Fällen hoch, wie die nachfolgenden Fragen und Antworten zeigen.

Frage 1: Ein Ingenieur: Im Vertrag mit der ausführenden Firma war eine Bauzeit von 2 Jahren vorgesehen. Die Baustelle hat aber tatsächlich 3 Jahre gedauert. Nun bekomme ich doch bestimmt mehr Geld, oder? Ich stelle mir vor, dass wir per Dreisatz das Honorar für die Objektüberwachung anpassen. Ich habe gelesen, dass genau so schon mal von Gerichten entschieden worden ist. Geht das auch bei mir?

Frage 2: Eine Auftraggeberin: Wir haben ein langlaufendes Projekt. Mein Planer und ich sind uns einig, dass er mit dem Beginn seiner Örtlichen Bauüberwachung über fast ein halbes Jahr behindert war, weil die beauftragte Baufirma wiederum berechtigt Behinderung wegen Materialengpässen durch den Ukrainekrieg geltend machte. Wie und in welchem Umfang kann ich ihn revisionsicher zusätzlich vergüten? Der Planer hat seine Behinderungskosten nachvollziehbar dargelegt. Muss ich für diese voll umfänglich einstehen oder

was wäre eine angemessene Vergütung?

Frage 3: Ein Ingenieur: Ich habe einen Planungsauftrag von einer Kommune. Die Planung wurde von mir vor 2 Jahren in der Leistungsphase 5 abgeschlossen. Die Kommune wollte eigentlich gleich bauen, hatte dann aber zunächst kein Geld. Nun soll es mit den Leistungsphasen 6 ff. weitergehen. Ich habe doch nun bestimmt einen Anspruch auf Anpassung der Vergütung, schließlich sind auch die Löhne in den letzten 2 Jahren erheblich gestiegen, oder?

Frage 4: Eine Ingenieurin: Ich habe den Auftrag zur Örtlichen Bauüberwachung einer Baustelle. Nun streiken die Mitarbeiter der Baufirma. Mir ist bekannt, dass die Baufirma nach § 6 Abs. 2 Nr. 1 VOB/B einen Anspruch auf Terminverlängerung, jedoch keinen Anspruch auf Mehrvergütung hat. Was gilt für mich,

da bei meinem Planungsvertrag die VOB/B ja nicht gilt?

Vorab:

Soweit keine anderen oder zulässig abweichenden Regelungen getroffen wurden, werden der Inhalt des Vertrages und die bestehenden Pflichten durch Regelungen des Werkvertragsrechts im BGB bestimmt. Die HOAI regelt, wie die zwischen den Parteien vereinbarten Leistungen zu vergüten sind. In der Praxis werden die Leistungen meist mit Bezug auf die Grundleistungen der HOAI vereinbart. Dann sind die Grundleistungen auch so geschuldet wie in der HOAI beschrieben. Weder das BGB noch die HOAI bestimmen, wie lange eine vereinbarte Leistung dauert. Sind im Vertrag keine konkreten Termine vereinbart, so liegt es bei den Planenden, wie schnell und mit welchem Aufwand sie leisten. Umgekehrt liegt es auch in ihrem Risiko, wenn eine Leistung länger dauert und mehr Aufwand erzeugt als erwartet. Ein Honorar „nach HOAI“ ist ohne andere Vereinbarung aufwandsneutral. Das gilt so auch für die Bau- und Objektüberwachung.

Antwort 1: Auf Nachfrage erläutert der Ingenieur, dass es in seinem Ingenieurvertrag für die Leistungsphase 8 bei der Technischen Ausrüstung keine Regelung zur Bauzeit gäbe. Die 2 Jahre Bauzeit, so der Ingenieur, sind vielmehr nur mit dem ausführenden Unternehmen in dessen Vertrag vereinbart worden. Die Bauzeit sei dann insbesondere aus vielen Mängeln in der Ausführung mit umfangreichen Nacharbeiten und insbesondere schlechter Organisation der Baufirma entstanden. Zudem hätte der Auftraggeber einige Änderungswünsche gehabt. Auf weitere Nachfrage, ob

denn der Ingenieur Behinderung angemeldet hätte, meinte dieser „Nein“. Er hätte die ganze Zeit zu tun gehabt, der Aufwand sei sogar viel höher gewesen als erwartet. Der Auftraggeber hätte ihn zudem aufgefordert, täglich auf der Baustelle zu sein, weil die Firma so schlecht gearbeitet hat. Er wolle jetzt mit seiner Schlussrechnung mehr Honorar fordern. Der Auftraggeber hätte auch signalisiert, dass er bereit wäre mehr zu bezahlen, wenn der Anspruch belastbar dargelegt würde und das Rechnungsprüfungsamt mitmache. Nun brauche er genau diese gute Begründung.

Und hier liegt das Problem. Denn eine solche „gute Begründung“ gibt es in dem hier vorliegenden Fall nicht. Der Auftraggeber könnte zwar wohlwollend einer Vereinbarung zu einer Mehrvergütung zustimmen. Die Aussage, dass er eine belastbare Anspruchsdarlegung braucht und dies mit dem Rechnungsprüfungsamt abzustimmen wäre, zeigt jedoch eher ein vermeiden wollen als echtes Wohlwollen. Denn einen im Streitfall auch mit guten Chancen einklagbaren Anspruch auf Mehrvergütung gibt es hier nicht. Wäre im Ingenieurvertrag eine Leistungszeit für die Leistungsphase 8 von 2 Jahren vereinbart und gäbe es zudem eine Regelung, die z. B. lauten würde, dass es nach Ablauf der vereinbarten Zeit eine Vergütung von 5.000 € pro Monat gäbe, wäre es einfach. Dann würde sich die Vergütung aus einer solchen Vertragsklausel ergeben. Eine solche oder ähnliche Preisanpassungsklausel gibt es in Planungsverträgen jedoch eher selten, auch wenn das zu empfehlen ist.

So lässt sich zwar grundsätzlich auch aus den 2 Jahren Bauzeitvereinbarung

mit dem Bauunternehmen ableiten, dass das auch für die Überwachungszeit für den Ingenieur gelten sollte, aber das hilft nicht viel. Denn das Honorar für die Objektüberwachung (Leistungsphase 8) im Bereich der Technischen Ausrüstung stellt dem Grunde nach ein Pauschalhonorar dar, weil es meist, wie im vorliegenden Fall auch, auf der Grundlage der Kostenberechnung mit den zugehörigen anrechenbaren Kosten und der Vereinbarung von 35 % auf der Grundlage von § 55 Abs. 1 HOAI vereinbart ist. Liegt die Kostenberechnung vor, steht das Honorar für die Leistungsphase 8 fest. Arbeitet dann eine ausführende Firma schlecht, gibt es keinen Anspruch auf eine Anpassung dieser Pauschalvergütung. Erzeugt eine Firma viele Mängel, ist es gerade Aufgabe des Objektüberwachers, die Überwachung so zu intensivieren, dass am Ende keine Mängel mehr vorliegen. So umfasst die Leistungsphase 8 die Teilleistung lit. a) mit der Überwachung der Ausführung und lit. o) die Überwachung der Mangelbeseitigung, die Leistungen, die hier entstehen, sind also vereinbarte Grundleistungen. Vereinfacht gesagt hat eine Objektüberwachung Glück, wenn eine gute Firma am Werk ist, und Pech, wenn dies nicht der Fall ist.

Ein weiteres Problem ergibt sich daraus, dass der Ingenieur keine „Behinderung“ angemeldet hat. Eine strukturelle Schlechtleistung eines ausführenden Unternehmens aufgrund fehlender fachlicher Qualifikation zeigt sich üblicherweise recht schnell. Dann wäre im ersten Schritt vom Ingenieur dazu aufzufordern, geeignetes Personal einzusetzen. Bleibt das ohne Erfolg, müsste der Ingenieur den Auftraggeber auffordern, seinerseits weitere rechtliche Schritte zu unternehmen, um die

Leistung des ausführenden Unternehmens zu verbessern, bis hin zu einer Ersatzvornahme oder dessen Kündigung. Diese Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers sind ein einforderbares Recht des Ingenieurs und im § 642 BGB geregelt. Es ist also erstmal grundsätzlich der Auftraggeber zu einer Handlung aufzufordern, indem er das ausführende Unternehmen so „diszipliniert“, dass der Ingenieur seine Leistungen ungehindert erbringen kann.

Stellt der Ingenieur z. B. nach einem Jahr fest, dass die reguläre Bauzeit nicht einzuhalten ist, meldet er für seine Leistungen „Behinderung“ im Sinne von § 642 BGB an und fordert den Auftraggeber auf, dass dieser (vereinfacht) dafür sorgen sollte, dass die ausführende Firma ordentlich arbeitet. Denn nur der Auftraggeber hat Möglichkeiten dazu, z. B. aus § 5 Abs. 4 VOB/B. So kann der Auftraggeber ohne vertragliche Regelung auch vom Planer nicht einfach fordern, nun täglich auf der Baustelle anwesend sein zu müssen, weil die Baufirma ihre Bauleitung nicht ausreichend wahrnimmt. Der Ingenieur hat keinen Auftrag zur Bauleitung, er ist nur Bauüberwacher (zum Unterschied siehe auch Kalte/Petschulat/Übelacker im Deutschen Ingenieurblatt 05/2023, S. 38). Soll der Ingenieur aber auch eine gewisse Bauleitung machen, wäre das ein Änderungswunsch zu den Leistungen des Planers und dies wäre auf der Grundlage von § 650b ff. BGB zusätzlich zu vergüten. Der Planer könnte sogar darauf hinweisen, dass er bei Fortbestehen der Behinderung nur noch einmal die Woche auf die Baustelle kommt, statt bisher zweimal, denn wenn weniger gebaut wird, muss auch weniger überwacht werden.

Mit einer solchen Behinderungsanzeige gibt er auch dem Auftraggeber rechtzeitig Information über seine Forderungen oder über Lösungsvorschläge. Macht er das alles nicht, wie im vorliegenden Fall, hat er auch keinen Mehrvergütungsanspruch. Er akzeptiert vielmehr stillschweigend den Mehraufwand. So hat zwar in der Tat das OLG Dresden in einem Urteil vom 06.09.2018 - 10 U 101/18 entschieden, dass sich ein Honorar aus Bauzeitverlängerung von 9 Monaten auf tatsächlich 21 Monaten über einen Dreisatz ermitteln lässt. Dem lag jedoch der Sachverhalt zu Grunde, dass unerwartet Kampfmittel in erheblichem Umfang gefunden wurden, die eine vollständige Umstellung der auszuführenden Arbeiten zur Folge hatte. Es musste völlig anders gebaut werden als vereinbart und die Leistungen, die zu überwachen waren, haben sich weitgehend geändert. Der Fall ist aber mit dem hier vorliegenden Fall nicht vergleichbar, hier blieb die Leistung im Wesentlichen unverändert, nur die ausführende Firma arbeitete nicht so zügig wie gewünscht.

Ohne Behinderungsanzeige und ohne eindeutige vertraglich vereinbarte Regelung zum Honoraranspruch bei Bauzeitverlängerung ist ein Mehrvergütungsanspruch also ohne guten Willen des Auftraggebers kaum durchsetzbar. Was dem Ingenieur bleibt, ist die Änderungswünsche des Auftraggebers genauer zu betrachten. Denn wollte der Auftraggeber mehr überwacht haben als in der Kostenberechnung ausgewiesen (welche Grundlage des Honorars ist), darf für die zusätzlichen Leistungen eine Mehrvergütung verlangt werden (und das mit eigenständigen anrechenbaren Kosten, siehe ausführlich Kalte/Petschulat/Übelacker im

Deutschen Ingenieurblatt 10/2023, S. 36). Das sich daraus ergebende Honorar ist zwar deutlich weniger als das, was sich der Ingenieur über den Dreisatz vorgestellt hat, für mehr hat der Ingenieur versäumt, rechtzeitig Behinderung anzumelden, wenn sich überhaupt eine Mehrvergütung ergeben hätte.

Antwort 2: Für die Antwort hilft ein Blick in den Erlass des Bundesministeriums für Bauwesen und Raumordnung vom 25.03.2022 zu „*Lieferengpässen und Preissteigerungen wichtiger Baumaterialien als Folge des Ukraine-Kriegs*“. Dieser legt dar, dass Materialengpässe zu Beginn des Ukrainekriegs von keiner Partei im Baugeschehen zu erwarten waren (Achtung: heute wäre das durchaus anders zu bewerten). Anpassungsansprüche bewertet das Ministerium unter IV. „*Anpassungen in bestehenden Verträgen*“ nachvollziehbar als „*Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB*“. Der genannte Erlass benennt Pauschalverträge, ist folglich auch auf Ingenieurverträge übertragbar. Die Vergütungsfolgen werden im Erlass dann wie folgt gesehen: „*Die Höhe der Vertragsanpassung ist im Einzelfall festzusetzen, wobei die o. g. Gesichtspunkte der Zumutbarkeit erneut zu berücksichtigen sind. Eine Übernahme von mehr als der Hälfte der Mehrkosten wird jedenfalls regelmäßig unangemessen sein.*“ Eine hälftige Aufteilung der Mehrkosten erscheint angemessen. Denn weder der Planer noch die auftraggebende Seite konnten die Preissteigerungen aus dem Ukrainekrieg vorhersehen. Legt der Planer also seine Behinderungskosten zutreffend dar, wäre eine Übernahme der Kosten durch die Auftraggeberin in Höhe von 50 % der Behinderungskosten angemessen.

Antwort 3: Der Ingenieur ist auch in diesem Fall rechtlich gesehen „behindert“. Die Behinderung ist im vorliegenden Fall offensichtlich, was eine Behinderungsanzeige im Sinne des § 642 Abs. 1 BGB entbehrlich macht (aber dennoch zu empfehlen ist). Die Rechtsfolgen sind in § 642 Abs. 2 genannt. Demnach steht dem Ingenieur eine „Entschädigung“ (und keine volle Vergütung) zu. Was eine solche Entschädigung genau bedeutet, hat der BGH, Urteil vom 30.01.2020 – VII ZR 33/19 entschieden und eingängig wie folgt beschrieben: *„Dabei ist die angemessene Entschädigung im Ausgangspunkt an den auf die unproduktiv bereitgehaltenen Produktionsmittel entfallenden Vergütungsanteilen einschließlich der Anteile für allgemeine Geschäftskosten sowie für Wagnis und Gewinn zu orientieren.“* Demnach hat der Ingenieur Anspruch auf die Entschädigung der Aufwendungen, welche er hatte, weil seine Mitarbeitenden, die eigentlich an dem Projekt arbeiten sollten, nicht arbeiten konnten, also „Däumchen drehend“ im Büro saßen und nichts anderes tun konnten. Maßgeblich sind deren tatsächliche Kosten, also nicht die eventuell vertraglich vereinbarten Stundensätzen, sondern deren tatsächliche Kosten einschließlich Wagnis und Gewinn. Der Umfang der Untätigkeit und die tatsächlichen Kosten dazu sind von dem Planer darzulegen. Der BGH hat im genannten Urteil auch entschieden, dass es sich hierbei nicht um einen „umfassenden Schadensersatzanspruch“ handelt und gestiegene Lohn- und Materialkosten, die zwar aufgrund der Behinderung entstanden sind, vom Entschädigungsanspruch des § 642 Abs. 2 BGB jedoch nicht erfasst sind. Der Sinn und Zweck des § 642 BGB sei es, so der BGH, dass der Unternehmer eine

Entschädigung nur dafür erhalte, dass er während der Behinderung Produktionsmittel bereithalte. In ständiger Rechtsprechung hat der BGH schon im Urteil vom 26.10.2017 – VII ZR 16/17 zudem entschieden, dass eine solche „geringe“ Entschädigung nicht unbillig sei, weil einem Unternehmer (hier dem Planer) ein Kündigungsrecht zustehe (§ 643 BGB), wenn sich ein Festhalten am Vertrag als unzumutbar zeigen würde. Mit einer Kündigung, so der BGH, ließen sich die aus einer erwarteten Lohnpreissteigerung ergebenden Nachteile vermeiden. Der Ingenieur muss also darlegen, welche Mitarbeitenden in der Zeit der Behinderung in welchem Umfang nicht arbeiten konnten und was das für Kosten erzeugt hat. Nur dafür erhält er eine Mehrvergütung. Läuft dann das Projekt weiter, erhält er die vertraglich vereinbarte Vergütung und nicht mehr. Erscheint ihm das unzumutbar, steht ihm das Recht auf Kündigung zu.

Antwort 4: Die Ingenieurin hat völlig zutreffend bewertet, dass die VOB/B für sie nicht gilt. Damit geht es ihr wie dem Ingenieur bei der Frage 3 zuvor. Sie meldet Behinderung an und kann dann, wenn sie während der Zeit „Däumchen dreht“, diese Kosten geltend machen. Da Streiks regelmäßig nur kurz andauern, dürfte auch ein Festhalten am weiteren Vertrag nicht unzumutbar sein. Hat sie in der Zeit der Behinderung mit anderen Projekten zu tun, steht ihr jedoch keine Vergütung zu. So hat die Planerin dann auch mitgeteilt, dass sie aktuell genug anderes zu tun hätte, eher sogar froh für die Möglichkeit war, ein anderes Projekt zu vorzuziehen. Dann steht ihr auch keine Mehrvergütung zu.

Fazit:

Die Verlängerung von Planungs- oder Überwachungszeit ist für die Vergütung ein schwieriges Thema. Deshalb sollten die Planenden im Vertrag die Zeiten regeln und eine Preisanpassungsklausel vorsehen. Für Stundensätze könnten das jährliche Anpassungen an übliche Indizes wie z. B. den Nominallohnindex (abrufbar über das Statistische Bundesamt unter www.destatis.de) sein. Für die Objektüberwachung könnte das eine pauschale Zusatzvergütung pro Monat sein. Jedenfalls sollten Planende die Zeiten im Auge behalten und frühzeitig „Behinderung“ nach § 642 BGB anmelden und dem Auftraggeber Optionen anbieten. Liegt dauerhaft eine

Behinderung vor, haben die Planenden ein Recht auf eine „Entschädigung“. Diese umfasst aber nur Kosten aus „Däumchen drehen“, also aus Kosten, in denen Planende nichts tun konnten. Ändert sich die Leistung grundsätzlich, können sich Mehrvergütungsansprüche aus Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB ergeben. Die Darlegungen sind so oder so schwierig und streitträchtig, weshalb die rechtzeitige Inanspruchnahme der kostenfreien rechtlichen Erstberatung durch die Länderingenieurkammern als Mitglied oder die Beauftragung eines Rechtsanwalts – sinnvollerweise Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht – geboten ist.

Autoren

Dipl.-Ing. Peter Kalte, öffentlich bestellter und vereidigter Honorarsachverständiger, zertifizierter Mediator, Beisitzer der Vergabekammern Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz, Geschäftsführer der GHV Gütestelle Honorar- und Vergaberecht e. V., www.ghv-guestelle.de.

Dr. Alexander Petschulat, Beisitzer der Vergabekammer Westfalen, Justiziar Ingenieurkammer-Bau Nordrhein-Westfalen, www.ikbaunrw.de.