

Insolvenzforderung geltend machen, auch wenn der Insolvenzverwalter für den noch ausstehenden Leistungsteil die Erfüllung des Vertrages wählen sollte (§ 105 S. 1 InsO). Hat umgekehrt der Auftragnehmer mehr geleistet und steht ihm hierfür noch eine Teilvergütung zu, so muss diese in jedem Fall zur Masse (an den Insolvenzverwalter) bezahlt werden, auch wenn der Insolvenzverwalter die Nichterfüllung wählen sollte.

Nur der Vollständigkeit halber ist schließlich noch darauf hinzuweisen, dass Auftraggeber im Vorfeld einer Insolvenz, das heißt spätestens ab Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit, höchste Vorsicht walten lassen sollten, weil bereits die Kenntnis möglicherweise insolvenzrechtliche Aufrechnungsverbote (§ 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO) oder insolvenzrechtliche Anfechtungstatbestände (§ 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO) begründen kann.

## Fazit

Die Bieterinsolvenz ist Gegenstand der Eignungsprüfung in Gestalt der Leistungsfähigkeit des Bieters. Sie kann zu verschiedenen Zeiten des Vergabeverfahrens auftreten und führt nicht automatisch zur Leistungsunfähigkeit des Bieters. Es bedarf stets einer einzelfallbezogenen Ermessensentscheidung der Vergabestelle.

■ *Dipl.-Ing. Ulrich Welter, inside Berlin*

# 10 Thesen zum Ingenieurvertrag

## Leistung und Honorar müssen zwingend getrennt werden

Nach wie vor ist es in Deutschland möglich, Verträge auch mündlich zu schließen. Aus Beweisgründen und zur Sicherung von Honoraransprüchen ist es jedoch ratsam, schriftliche Vereinbarungen zu treffen. Das ist nicht bloß eine unliebsame Pflicht: Ingenieurbüros und ihre zumeist öffentlichen Auftraggeber sollten vielmehr verstehen lernen, dass der Ingenieurvertrag ein hervorragendes Instrument gegenseitiger Achtung ist, das hilft, den Frieden der Vertragspartner zu wahren. 10 Thesen für eine sinnvolle Vertragsgestaltung.

Jedermann weiß, dass es in einem Streitfall darauf ankommt, beweisen zu können, was man schuldet und was man geliefert hat. Während ziemlich leicht festzustellen ist, was geliefert wurde, verhält es sich mit dem „was schulde ich?“ etwas schwieriger. Viel zu oft zeigt sich leider, dass dies nicht klar geregelt wurde und so viel Raum für Interpretationen bleibt. Dass dieser dann (im Streitfall) von beiden Seiten im eigenen Sinne auszulegen versucht wird, liegt in der Natur der Sache. Jedermann weiß aber auch, dass Streitvermeidung viel besser ist als Streit, der Zeit, Geld und Nerven frisst und am Ende zumeist Frust hinterlässt.

Ziel sollte daher stets sein, möglichst gute Leistungs- und Honorarvereinbarungen zu treffen und damit von vornherein zur Streitvermeidung beizutragen. Nichts eignet sich dafür besser als ein Vertrag, in unserem Fall ein Ingenieurvertrag.

Seit Jahrzehnten werden hierzu von unterschiedlichsten Seiten Musterverträge entwickelt, die, wie alle Musterverträge, den Nachteil haben, dass sie die Bedingungen des Einzelfalls nicht berücksichtigen (können). Sie sind zudem mehr oder weniger einseitig in ihren Formulierungen. Als ein faires und ausgewogenes Vertragsbeispiel sei an dieser Stelle lediglich das Vertragsmuster der LAWA (Bund/Länder-Arbeitsgemeinschaft Wasser) im Handbuch für die Vergabe und Ausführung von freiberuflichen Leistun-

gen der Ingenieure und Landschaftsarchitekten in der Wasserwirtschaft – HIV-Was – erwähnt.

Die besondere Schwierigkeit im Umgang mit Musterverträgen besteht darin, dass ihre Anwender versuchen, mit minimalen Einträgen einen möglichst „guten“ und „sicheren“ Vertrag zu schließen. Man hat ja schließlich das „gute Muster“ genommen. Dabei geht verloren, dass es auf verlässliche Vereinbarungen ankommt, die die geschuldete Leistung sowie das dafür geschuldete Honorar für jeden Einzelfall festhalten.

Der öffentliche Auftraggeber ist in der Regel nicht bereit Änderungen am Mustertext hinzunehmen, aus Sorge darüber, dass er sich auf unsicheres Terrain begibt. Der Ingenieur sucht die kurze Vereinbarung, denn er weiß ja was zu tun ist. Beides ist kein guter Nährboden für einen guten Vertrag.

Der Ordnungsgeber hat unter der Überschrift „Ausgangslage und Zielsetzung“ in die amtliche Begründung zur HOAI 2009 geschrieben: „Die Büros werden konsequenter als bisher zur betriebswirtschaftlichen Kalkulation und Vertragsgestaltung angehalten ...“. Es liegt also nicht nur im Eigeninteresse der Vertragsparteien sich mit dem Vertrag intensiver auseinanderzusetzen, sondern

es entspricht auch der politischen Zielsetzung.

Um den praktischen Umgang mit Ingenieurverträgen zu erleichtern und ein besseres Verständnis der Vertragsanwender zu ermöglichen, wurden die nachfolgenden 10 Thesen entwickelt.\*

## 10 Thesen zur Vertragsgestaltung: 1. Trenne Leistung und Honorar!

Die wichtigste Voraussetzung für einen guten Vertrag ist, dass die Parteien Leistung und Honorar trennen. Erst wenn klar ist, welche Leistung geschuldet sein soll, also der Ingenieur erbringen muss, kann das Honorar hierfür bestimmt werden. Erst dann zeigt sich, ob sich das Honorar nach der HOAI bemisst oder frei vereinbart werden muss. Noch viel zu oft hört man: „Wir schließen einen HOAI-Vertrag.“ Um es deutlich zu sagen: „Es gibt keinen HOAI-Vertrag.“ Ingenieurverträge sind Werkverträge. Sie unterliegen den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) und NICHT der HOAI. Darin ist lediglich das Honorar geregelt.

Beim Metzger heißt es: „Ich hätte gern diese Wurst.“ Erst dann kommt die Frage: „Was kostet das bitte?“ Niemals

\* Hinweis: Die 10 Thesen des Ingenieurvertrages wurden von einer Arbeitsgruppe entwickelt, der die RA'in Nickelsen/Frankfurt, RA Kosterhon/München, Dipl.-Ing. Güthenke/München, Dipl.-Ing. Richter/Hildesheim und der Autor angehörten.

käme jemand auf die Idee zu fragen: „Ich habe so und so viel Geld, was bekomme ich dafür?“

Das ist bei Ingenieurverträgen nicht anders und deshalb muss man stetig wiederholen:

- trenne Leistung und Honorar, oder
- erst die Leistungsvereinbarung, dann die Honorarvereinbarung, oder
- von der Leistung zum Honorar.

Dieser Grund- und Kerngedanke macht in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten.

In nahezu allen Streitigkeiten zwischen Ingenieuren und öffentlichen Auftraggebern, mit denen der Autor als Sachverständiger in Berührung kommt, lassen sich die Schwierigkeiten darauf zurückführen, dass Leistung und Honorar vermischt wurden. Der wichtige Rat lautet daher: Lass die HOAI links liegen. Greife erst dann danach, wenn die Leistungsvereinbarung getroffen ist.

## 2. In der HOAI steht nicht, was der Ingenieur leisten muss

Der Bundesgerichtshof (BGH) hat bereits mit Urteil vom 24.10.1996 (VII ZR 283/95) klargestellt:

*Die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) enthält keine normativen Leitbilder für den Inhalt von Architekten- und Ingenieurverträgen, ihre Leistungsbilder sind vielmehr nichts anderes als Gebührentatbestände zur Berechnung des Honorars.*

Damit ist eigentlich alles gesagt. Die HOAI regelt die Vergütung, die Leistung wird im Vertrag geregelt. Leider finden sich in der Praxis, auch und gerade in den Musterverträgen der öffentlichen Hand, Leistungsvereinbarungen mit Formulierungen wie: Der Auftraggeber beauftragt den Auftragnehmer mit den Leistungsphasen 1–9 gemäß § 42 HOAI. In einer solchen Formulierung werden Leistung und Honorar miteinander verknüpft, was dringend vermieden werden sollte (siehe Nr. 1). Damit wird nämlich erreicht, dass das Leistungsbild der HOAI (z.B. Ingenieurbauwerke) als geschuldete Leistung vereinbart wird. Hierzu hat der BGH mit Urteil vom 24.06.2004 (VII ZR 259/02) entschieden:

*d) Eine an den Leistungsphasen des § 15 HOAI orientierte vertragliche Vereinbarung begründet im Regelfall, dass der Architekt die vereinbarten Arbeitsschritte als Teilerfolg des geschuldeten Gesamterfolges schuldet.*

D.h., dass der Auftraggeber zur Minderung des Honorars dann berechtigt ist,

wenn der Ingenieur eine einzelne Grundleistung nicht erbringt, und zwar selbst dann, wenn diese Grundleistung gar nicht erforderlich war. Ingenieure und ihre Auftraggeber sollten dringend vermeiden, die Leistungsbilder der HOAI als geschuldete Leistungen zu vereinbaren. Dies wird einfach dadurch erreicht, dass man z.B. folgende Formulierung verwendet:

Der Auftraggeber beauftragt den Auftragnehmer mit den Leistungsphasen 1–9. Einen Bezug zur HOAI gibt es dann nicht.

## 3. Die Ingenieurleistung ist funktional beschreibbar

Ingenieurleistungen sind geistig-schöpferischer Natur. Sie sind weder eindeutig noch erschöpfend beschreibbar. Sie unterliegen deshalb im Vergaberecht nicht der VOB und nicht der VOL, sondern der VOF. Hierüber ist an dieser Stelle schon oft geschrieben worden. Ingenieurleistungen sind funktional beschreibbar. Das Ziel jeder einzelnen Leistungsphase kann und sollte in den Ingenieurverträgen beschrieben werden. Die Vereinbarung könnte wie folgt lauten:

„Der Auftraggeber beauftragt den Auftragnehmer mit den Leistungsphasen 1–9.

Die beauftragten Leistungsphasen/Leistungen haben jeweils folgendes Ziel:

### Leistungsphase 1: Grundlagenermittlung

Ziel der Grundlagenermittlung ist es, den Auftraggeber in die Lage zu versetzen, zu erkennen, ob und inwieweit sich seine Vorstellungen mit den vor Beginn der Planung erkennbaren, projektbezogenen Randbedingungen vereinbaren lassen, um auf dieser Grundlage die zur Lösung der Planungs- und Bauaufgabe erforderlichen Entscheidungen treffen zu können.

### Leistungsphase 2: Vorplanung

Ziel der Vorplanung ist, auf der Grundlage der Ergebnisse der Leistungsphase 1 dem Auftraggeber ein Planungskonzept in seinen wesentlichen Teilen als Grundlage für die weitere Projektrealisierung vorzulegen.

### Leistungsphase 3: Entwurfsplanung

Ziel der Entwurfsplanung ist, auf der Grundlage der Ergebnisse der Leistungsphase 2 dem Auftraggeber eine genehmigungsfähige, technisch und wirtschaftlich sachgerechte Planung vorzulegen.

### Leistungsphase 4: Genehmigungsplanung

Ziel der Genehmigungsplanung ist, auf der Grundlage der Ergebnisse der Leistungsphase 3 die für das Bauvorhaben erforderlichen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen zu erlangen.

### Leistungsphase 5: Ausführungsplanung

Ziel der Ausführungsplanung ist, auf der Grundlage der Ergebnisse der Leistungsphasen 3 bzw. 4 die Erstellung der für die Ausführung auf der Baustelle erforderlichen Planunterlagen, nach denen tatsächlich gebaut werden kann.

### Leistungsphase 6: Vorbereiten der Vergabe

Ziel der Vorbereitung der Vergabe ist, auf der Grundlage der abgestimmten Ausführungsplanung die Erstellung der Verdingungsunterlagen für die Ausschreibung der Bauleistung, ggf. nach der VOB zu erstellen.

### Leistungsphase 7: Mitwirken bei der Vergabe

Ziel der Mitwirkung bei der Vergabe ist, durch Prüfen und Werten der eingegangenen Angebote dem Auftraggeber die Grundlage für seine Vergabeentscheidung zu geben.

### Leistungsphase 8: Bauoberleitung

Ziel der Bauoberleitung ist das Entstehenlassen eines abnahmereifen Bauwerkes.

### Leistungsphase 9: Objektbetreuung/Dokumentation

Ziel der Objektbetreuung und Dokumentation ist, den Auftraggeber in die Lage zu versetzen, etwaige Gewährleistungsansprüche gegen ausführende Unternehmen zu verfolgen.

### Örtliche Bauüberwachung

Ziel der Örtlichen Bauüberwachung ist das Entstehenlassen eines abnahmereifen Bauwerkes unter Beachtung der technischen, quantitativen und qualitativen Vorgaben.“

Diese funktionalen Leistungsbeschreibungen bringen zum Ausdruck, was der Ingenieur schuldet, nämlich den werkvertraglichen Erfolg.

## 4. Geschuldet ist immer der werkvertragliche Erfolg

Es ist das Wesen des Werkvertrages, dass der Unternehmer nach § 631 BGB zur Herstellung des versprochenen Werkes verpflichtet ist. Er schuldet also den Er-

folg, nämlich das versprochene Werk. Bei Ingenieurleistungen ist das z.B. eine genehmigungsfähige Planung.

Wichtig ist, dass der Unternehmer (der Ingenieur) alles tun muss, um diesen geschuldeten Erfolg zu erreichen. Erkennt der Ingenieur, dass er den Erfolg nur dann erreichen kann, wenn der Auftraggeber z.B. eine zusätzliche, noch nicht beauftragte Vermessung durchführen lässt, dann muss er den Auftraggeber hierauf hinweisen.

## 5. Der Erfolg bemisst sich nicht allein nach dem HOAI-Honorar

Die HOAI ist zwingendes staatliches Preisrecht. Sie regelt, welches Honorar für Leistungen zu bezahlen ist, die den in ihr beschriebenen Grundleistungen entsprechen. Gem. § 6 Abs. 1 HOAI richtet sich das Honorar nach

1. den anrechenbaren Kosten
2. dem Leistungsbild
3. der Honorarzone
4. der dazugehörenden Honorartafel
5. bei Leistungen im Bestand zusätzlich nach den §§ 35 und 36.

Ist etwas anderes nicht vereinbart, so gilt der Mindestsatz als vereinbart. Ob ein Ingenieurbüro in der Lage ist, mit diesem Mindesthonorar Gewinne zu erwirtschaften, ist keine Angelegenheit des Preisrechts. Die HOAI ist nicht aufwandsorientiert.

Zunächst ist zu beachten, dass sich ein Auftrag in der Regel nicht nur aus Leistungen zusammensetzt, die von der HOAI erfasst sind. Zumeist kommen Besondere Leistungen hinzu für die das Honorar im Ingenieurvertrag frei vereinbart werden muss. Außerdem sollten im Ingenieurvertrag Stundensätze vereinbart werden, die bei nachträglich beauftragten Leistungen zur Anwendung kommen. Im Ingenieurvertrag ist also Vorsorge zu treffen für Situationen, die bei Auftragserteilung noch nicht absehbar sind. Diese vertragliche Vorsorge hat einen großen Einfluss auf den wirtschaftlichen Erfolg eines Auftrages.

## 6. Zeit ist ein wesentliches Honorarkriterium

Zur vertraglichen Vorsorge gehört unbedingt eine Vereinbarung über die Honorierung von Leistungen der Bauoberleitung und der Örtlichen Bauüberwachung für die Fälle, in denen sich die Bauzeit verlängert. Vorausgesetzt, die Ursache für die Bauzeitverlängerung liegt nicht beim Ingenieurbüro, muss dieses teilweise erheblich verlängerte Überwachungsleistungen erbringen, weil entweder die

beauftragte Baufirma ihren Verpflichtungen nicht nachkommt oder der Bauherr/Auftraggeber zusätzliche Wünsche äußert.

Zu bedenken ist auch, dass eine beschleunigte Bauzeit, eine Bauzeitverkürzung, mit erheblichem Mehraufwand beim Ingenieurbüro verbunden ist (Schichtbetrieb, Nacharbeit, Wochenendarbeit etc.).

Zeitliche Verzögerungen bei der Projektbearbeitung stellen sich in der Praxis auch deshalb häufig ein, weil der Auftraggeber notwendige Entscheidungen nicht zeitnah trifft. Hier ist daran zu erinnern, dass der Auftraggeber eine Mitwirkungspflicht hat, den Auftragnehmer also nicht behindern darf.

## 7. Auch der Ingenieur kann „behindert“ sein

Baufirmen machen ihre Stillstandskosten geltend, Ingenieure können das nicht, hört man häufig. Tatsächlich können Baufirmen ebenso wie Ingenieure „Behinderungen“ anzeigen. Ingenieurbüros können ebenso wie Baufirmen nach Auftragserteilung davon ausgehen, dass sie die beauftragten Leistungen in einem Zuge erbringen können, es sei denn, im Vertrag ist etwas anderes vereinbart.

In der Praxis kommt es häufig zu ausgeprägten Unterbrechungen, weil der Auftraggeber die für den Bau erforderlichen Finanzmittel nicht bereitstellen kann, weil ein Gemeindegremium erst entscheiden muss o.Ä. Solche Unterbrechungen können sich über Wochen, Monate oder gar Jahre erstrecken. Der Ingenieur ist bei der Ausführung der von ihm geschuldeten Leistung „behindert“. Es steht ihm dann frei, eine Behinderungsanzeige zu stellen und so seine Schadensersatzansprüche zu sichern.

## 8. Die Leistungsbeschreibung dient der Haftungsbegrenzung

Die Beschreibung der geschuldeten Leistung ist ganz wesentlich auch Haftungsbegrenzung. Das fängt schon mit der Aufgabenbeschreibung an, nämlich dem Vertragsgegenstand (siehe hierzu VergabeNavigator 01-2011). Der Ingenieur übernimmt für seine Leistung eine Gewährleistung für die Dauer von fünf Jahren. Die Haftung kann sich in bestimmten Fällen deutlich verlängern. In allen Fällen gilt, dass eine möglichst klare Beschreibung der geschuldeten Leistung hilft, Interpretationsspielräume einzuengen und die Grenzen der Haftung deutlicher zu ziehen.

## 9. Ingenieurverträge müssen auch „gelebt“ werden

Der beste Vertrag hat keinen Nutzen, wenn niemand sich daran hält. Andererseits wird er auch für diese Fälle gemacht.

Ein Ingenieurvertrag steht am Ende eines Auswahlprozesses. Der Auftraggeber hat sich entschieden, ein bestimmtes Ingenieurbüro mit einer bestimmten Leistung zu beauftragen. In dieser Phase herrscht Vertrauen zwischen den beiden Partnern. Dies sollte unbedingt positiv genutzt werden. Die Vereinbarungen im Vertrag können zu diesem Zeitpunkt fair und unter Berücksichtigung der Interessen des jeweils anderen ausgehandelt und getroffen werden. Nach Vertragsschluss müssen dann beide Seiten diesen „Geist“ des Vertrages leben. Andernfalls entsteht Streit.

Die alte Weisheit sagt: „Der beste Vertrag nützt nichts, wenn sich keiner daran hält.“

## 10. Pflichten des Auftraggebers vertraglich vereinbaren!

Wie bereits ausgeführt werden in einem Vertrag Leistungen und Gegenleistungen geregelt. Bei Ingenieurverträgen sollten neben den Leistungen die der Ingenieur schuldet, auch die Leistungen des Auftraggebers vereinbart werden. Dies sind ganz wesentlich:

- Bestimmung des Bedarfs (z.B. Bedarfsplanung nach DIN 18205)
- Freigabe der Leistungsphasen
- Sicherstellen der Verfügbarkeit von Grundstücken
- Herausgabe vorliegender Genehmigungen
- Herausgabe vorliegender Sondergutachten (Baugrund, Vermessung o.Ä.)
- Benennen einer weisungsbefugten Person

Der Auftragnehmer kann in der Regel seine Leistungen erst dann erbringen, wenn der Auftraggeber diese vorgenannten Leistungen bereits erbracht hat.

## Fazit

Neben juristischen Gesichtspunkten kommt es bei der Gestaltung eines Ingenieurvertrages zunehmend darauf an, dass sich Ingenieurbüros und ihre Auftraggeber verstärkt mit den Leistungs- und Honorarvereinbarungen befassen. Der Ordnungsgeber hat hierauf in der amtlichen Begründung zur HOAI 2009 hingewiesen. Für Ingenieure und ihre Auftraggeber ist es von herausragender Bedeutung, dass sie lernen, Leistung und Honorar zu trennen.